

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE RONDÔNIA – UNIR
CAMPUS PROFESSOR FRANCISCO GONÇALVES QUILES – CACOAL
DEPARTAMENTO ACADÊMICO DE DIREITO**

ARTENIA FRANCISCA COSTA MARTINS

**CONTRATAÇÕES EM CONDIÇÕES DIVERSAS DO INSTRUMENTO
CONVOCATÓRIO**

**TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
MONOGRAFIA**

**CACOAL – RO
2015**

ARTENIA FRANCISCA COSTA MARTINS

**CONTRATAÇÕES EM CONDIÇÕES DIVERSAS DO INSTRUMENTO
CONVOCATÓRIO**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, elaborada sob a orientação do professor M.e. Victor de Almeida Conselvan.

**CACOAL - RO
2015**

Martins, Artenia Francisca Costa.

M386c Contratações em condições diversas do instrumento
convocatório/ Artenia Francisca Costa Martins – Cacoal/RO:
UNIR, 2015.
64 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação).
Universidade Federal de Rondônia – Campus de Cacoal.
Orientador: Prof. Me. Victor de Almeida Conselvan.

1. Direito administrativo. 2. Licitação. 3. Contrato
administrativo. I. Conselvan, Victor de Almeida. II.
Universidade Federal de Rondônia – UNIR. III. Título.
CDU – 342.9

Catálogo na publicação: Leonel Gandi dos Santos – CRB11/753

CONTRATAÇÕES EM CONDIÇÕES DIVERSAS DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

ARTENIA FRANCISCA COSTA MARTINS

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Fundação Universidade Federal de Rondônia UNIR – *Campus* Professor Francisco Gonçalves Quiles – Cacoal, para obtenção do grau de Bacharel em Direito, mediante a Banca Examinadora formada por:

Professor M.e. Victor de Almeida Conselvan - UNIR - Presidente

Professor M.e. Bruno Milenkovich Caixeiro - UNIR - Membro

Professor Esp. Jônathas Siviero - UNIR - Membro

Conceito: _____

Cacoal, 03 de julho de 2015.

Ao meu avô, João Pinheiro da Costa, por ser para mim o maior exemplo de vida e caráter.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por me dar condições de desenvolver as atividades as quais me proponho, sobretudo esta monografia, fruto dos aprendizados colhidos durante toda a graduação.

A minha amada família, Artemio, Iolanda, Jéssica Júlia, Ana Clara e Emanuel, que compreendeu cada minuto de ausência, em razão dos estudos, muitas vezes, poupando-me dos trabalhos domésticos para que me dedicasse a eles.

Agradeço, também, ao meu orientador, professor Victor, pela grande capacidade, dedicação e preparação para bem orientar;

E, em razão do tratamento isonômico aos acadêmicos, sendo também compreensiva ao adequar as individualidades de cada um às atividades da disciplina de monografia, sou grata à professora Daeane.

RESUMO

O presente trabalho aborda assunto do Direito Administrativo, mais especificamente sobre as contratações públicas, relacionando os princípios gerais administrativos e os específicos nas licitações, dando enfoque ao da vinculação ao instrumento convocatório. Procura-se demonstrar se há situações em que a aplicação do referido princípio pode ser relativizada, sendo formalizado contrato em que conste disposição distinta do edital, carta convite ou outro documento que faça as vezes do instrumento convocatório. Desta feita, com embasamento em decisões dos Tribunais de Contas e judiciários e de posicionamentos doutrinários, realizou-se análises dos casos de contratos públicos autorizados pela Lei 8.666/93, num estudo sobre o instrumento que convocou os particulares ao certame de cada um deles e como se dá a sua vinculação ao procedimento e ao contrato, para verificar se podem haver contratações em condições diversas daquele instrumento. Para tanto, utilizou-se o método dialético, o da dogmática como interpretação jurídica e a técnica de documentação indireta, consistente na pesquisa documental e bibliográfica.

Palavra-chave: Licitação. Contrato Administrativo. Vinculação ao Instrumento convocatório.

ABSTRACT

This paper discusses an administrative law subject, specifically on public procurement, listing the administrative general principles and specific in bids, giving focus to the link to the bid announcement. Wanted demonstrate whether there are situations where the application of that principle can be relativized, being formalized contract with different provisions of the ones in the notice, invitation letter or other document that takes the place of the bid announcement. Grounded in courts of auditors decisions and legal and doctrinal positions, there was analysis of cases of public contracts authorized by Law 8.666/93, in a study of the instrument that called the particular to each of their event and how is their relation to the procedure and to the contract to see if there may be hiring in different conditions of that instrument. For this, we used the dialectical method, the dogmatic as legal interpretation and indirect documentation technique, consisting of documentary and bibliographic research.

Keywords: Bidding. Administrative contract. Linking to the bidding instrument.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PRINCÍPIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	10
1.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO	11
1.2 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES	17
1.3 CONCLUSÕES PRELIMINARES.....	19
2 ESCORÇO PROCEDIMENTAL DA LICITAÇÃO	21
2.1 NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO.....	21
2.1.1 Da etapa interna	22
2.1.2 Da etapa externa	25
2.2 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FRENTE AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO	30
2.3 CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	40
2.3.1 Cláusulas exorbitantes	42
2.4 CONCLUSÕES PRELIMINARES.....	43
3 ANÁLISES DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL - VINCULAÇÃO DO CONTRATO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO.....	45
3.1 RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO	47
3.1.1 Alteração unilateral qualitativa do contrato e seus limites.....	48
3.2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES	54
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS	57
OBRAS CONSULTADAS	63

INTRODUÇÃO

Instituído pela Constituição Federal de 1988, art. 37, XXI, como princípio a ser seguido pelo Poder Público, a licitação é o procedimento pelo qual a Administração seleciona a proposta mais vantajosa de particular ou pessoa jurídica de Direito Público, objetivando a execução de obra, compra de produto, prestação de serviço e alienação pública.

Referido procedimento, via de regra, é iniciado externamente com a publicação de um instrumento convocatório, podendo-se exteriorizar pelo edital, carta convite, ou outro documento que lhe faça as vezes, os quais disciplinarão como se dará cada ato, fixando prazos e detalhando o objeto a ser realizado pelo futuro contratado.

Ainda, deve o procedimento obedecer a critérios objetivos e a outros princípios constantes da Lei Maior e da legislação própria, tais como: impessoalidade, isonomia, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo das propostas, moralidade, entre outros. O respeito a estes visa garantir a lisura do resultado do certame licitatório.

Todavia, a regra da realização de licitação comporta exceções, autorizadas pela Lei Geral de Licitações e Contratos, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nos artigos 17, 24 e 25 do mencionado Diploma Legal. Tratam-se das hipóteses de licitação dispensada, sua dispensa e inexigibilidade, as quais existem em razão da peculiaridade de algumas situações, ou da impossibilidade de competição na seleção de candidato, para realização do objeto almejado pela Administração Pública.

O ajuste das condições em que se dará a execução do objeto, celebrado entre o licitante selecionado, ou aquele resultante da seleção direta (em que não houve o procedimento licitatório) e o Poder Público, denomina-se contrato administrativo. Este tem como característica a formalidade, pessoalidade e a presença de cláusulas que o diferenciam dos pactos firmados apenas entre particulares, as denominadas cláusulas exorbitantes, entre elas a que permite alteração unilateral do contrato por parte da Administração.

A existência do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como a possibilidade de alteração contratual, ensejou o presente estudo, pelo qual se verifica se o contrato administrativo pode conter disposições diversas do instrumento que o antecedeu.

Para tanto, o trabalho é dividido em três capítulos, consistindo o primeiro na exposição dos princípios gerais do Direito Administrativo e dos princípios da licitação. Na sequência, explicou-se como se dá o procedimento licitatório, expondo, além disso, acerca das situações em que não há a sua realização, e a forma de composição e características do contrato administrativo.

No último capítulo, realiza-se análises doutrinárias e de decisões dos Tribunais de Contas que versam sobre a modificação contratual, em relação ao edital, à carta-convite ou documento de dispensa ou inexigibilidade de licitação (instrumento convocatório). Dá-se enfoque aos posicionamentos concernentes às alterações unilaterais qualitativas, vez que há omissão legal no que tange aos limites para sua aplicação.

O tema tem sua relevância considerando a necessidade de o administrador público ter acesso à instrução que mostre o caminho a percorrer quando da necessidade de adequação de um contrato à realidade fática.

Ademais, importa ao âmbito acadêmico, a fim de que os estudiosos conheçam das discussões existentes relacionadas ao assunto e possam, como futuros profissionais, encontrar soluções jurídicas aos possíveis impasses.

Importa também à sociedade, que custeia todos esses procedimentos e é o destinatário final do resultado obtido, para entender como e o porquê de determinados atos do Poder Público, instigando-lhe a visão crítica, que corrobora na atuação fiscalizadora dos atos estatais, por meio do conhecimento.

1 PRINCÍPIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Entende-se por Administração Pública tanto o conjunto de pessoas e órgãos governamentais, como a própria atividade estatal, objetivando o melhor para a sociedade. “Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum” (MEIRELLES, 2005, p. 84).

Destarte, compete ao Estado promover medidas para proporcionar aos indivíduos da sociedade condições para o atendimento de suas necessidades básicas, tais como educação, saúde, lazer, entre outras¹. Para tanto, a fim de cumprir a sua função com respeito a todos os cidadãos, devem ser observados alguns princípios. A relevância da observação destes é tamanha, ao ponto de a maioria ser elevada ao patamar da legislação, sendo, pois, previstos na lei.

A respeito da previsão de princípios na lei, denomina-se doutrinariamente como norma principiológica (GASPARINI, 2004). Desta forma sendo os princípios

[...] mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, dispondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão. [...] violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2007, p. 284)

Depreende-se, portanto, a importância dos princípios, sobretudo por não necessitarem ser inseridos na lei para ser requerida a sua observância, uma vez que são vetores hermenêuticos que orientam a interpretação da norma. No entanto, o fato de estarem previstos na Constituição Federal ou em norma infra legal, fortalece a exigência do seu cumprimento.

¹ Art. 3º e 6º da Constituição Federal.

1.1 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO ADMINISTRATIVO

Princípio remete à ideia de base. Pode-se dizer que é a estrutura sobre a qual algo se assenta e que também lhe determina a orientação a seguir, no decorrer do seu desenvolvimento.

Conforme ensina Marinela (2014, p. 26):

Princípios são proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas e institutos subsequentes de uma disciplina. São os alicerces, os fundamentos da ciência e surgem como parâmetros para a interpretação das demais normas jurídicas.

Assim, os princípios são o conjunto de direcionamentos que alicerçam a norma jurídica, dando validade a esta (GASPARINI, 2004), sobretudo quando se trata do Direito Público, mais especificamente do Direito Administrativo.

De acordo com a doutrina pátria e a legislação vigente e, sobretudo, em conformidade com a Constituição Federal, os princípios elencados como sendo de Direito Administrativo são: legalidade, impessoalidade, finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, publicidade, eficiência, interesse público, supremacia do interesse público, indisponibilidade do interesse público e moralidade.

Restritamente entendido como a reta obediência aos preceitos legais, “O princípio da legalidade explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e surge como decorrência natural da indisponibilidade do interesse público” (MELLO, 2007, p. 72). Portanto, gerir a coisa pública não comporta mero ato de liberalidade do administrador. Este tem o dever de observar o que dispõem as normas jurídicas para saber o que pode fazer e como o deve.

Todavia, faz-se necessário um alerta quanto à devida compreensão do princípio em tela, pois, em seu sentido amplo, o princípio da legalidade, segundo Marinela (2014, p. 31):

[...] não exclui o exercício de atuação discricionária do administrador, levando-se em consideração a conveniência e a oportunidade do interesse público, o juízo de valor da autoridade e a sua liberdade. Por ser materialmente impossível a previsão de todos os casos, além do caráter de generalidade e de abstração próprios da lei, subsistirão inúmeras situações em que a Administração terá de se valer da discricionariedade para efetivamente atender à finalidade legal e, como consequência, cumprir o princípio da legalidade.

Ressalta-se a importância de coexistirem o referido princípio e a discricionariedade do gestor público, vez que, dependendo da situação fática, o que está previsto na legislação pode não ser o melhor a ser aplicado, ou não há previsão legal para determinado fato. Desta

forma, a autoridade competente, para atuar no caso, terá que analisar todas as possibilidades de resolução e aplicar a menos onerosa e mais eficaz, a qual, reitera-se, pode recair sobre a opção que não se insere na lei.

Concernente ao princípio da impessoalidade, cabe dizer que este consiste em não promover a vontade individual da pessoa que representa a Administração Pública, ou de terceiros, para benefícios próprios. Nas atividades da Administração Pública é imprescindível a presença de ideais que garantam a igualdade de tratamento aos cidadãos, para que estes tenham oportunidades iguais, de acordo com as suas diferenças.

Desta feita, afirma-se ser o princípio em questão sinônimo da isonomia e se relaciona diretamente à finalidade pública, tendo em vista que a atuação estatal deve sempre se nortear por aquela, não podendo atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas (DI PIETRO, 2007).

A fim de demonstrar a exigência legal do cumprimento do princípio da impessoalidade, menciona-se o art. 37, XXI da Constituição Federal, cujo teor determina a realização de procedimento licitatório para a escolha do futuro celebrante do contrato administrativo.

Há entendimentos doutrinários de que se funde com o princípio da impessoalidade o da finalidade, por não poder ser outro o objetivo da atividade pública. Neste sentido, para Meirelles (2005, p. 92):

Desde que o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo.

Caracterizado como o dever de fundamentar os atos realizados pela Administração Pública, o princípio da motivação confere aos indivíduos a garantia de saber por que aquela age de determinada maneira. Pois tais atos são passíveis de controle, e para que isso se concretize é preciso oferecer os devidos modos. Portanto, a ausência de dizer a razão pela qual uma medida foi tomada é capaz de tornar o ato inválido, principalmente quando a lei determina a exposição dos motivos (MELLO, 2007).

Diversamente do exposto acima, há estudiosos apontando que, se não há exigência legal expressa, não se faz necessária a ação de motivar. Entretanto, as decisões judiciais sobre atos da Administração Pública corroboram para o entendimento de que a fundamentação tem

que estar presente em todos eles, conforme decidiu a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no acórdão *in verbis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - LIMINAR - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO - ILEGALIDADE DO ATO - DECISÃO MANTIDA. 1. Deve ser confirmada a decisão que defere o pedido liminar, a fim de suspender o ato de remoção de servidor público, em virtude da ausência de fundamentação. 2. Embora o servidor público não detenha direito à inamovibilidade funcional, porque está atrelado ao Poder Discricionário do administrador, de acordo com as necessidades do serviço público, o ato de remoção ou de transferência não prescinde da devida fundamentação ou motivação, sob pena de incorrer na pecha da ilegalidade. 3. Recurso não provido. (MINAS GERAIS, 2013, *on-line*)

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, denominados, também, de princípio da proibição de excesso e da aplicação da melhor alternativa aos fatos da coletividade, referem-se à equivalência entre os meios e os fins, com o intuito de evitar restrições abusivas ou desnecessárias por parte da Administração Pública, lesando direitos fundamentais (MEIRELLES, 2005).

São princípios destinados a nortear os atos administrativos discricionários. Assim, há um sopesamento entre a ação e o que se objetiva alcançar, a fim de justificar um possível sacrifício pelo interesse público.

Acerca do princípio da razoabilidade ensina Barroso (2003, p. 224) ser ele:

[...] um parâmetro de valor direcionado aos atos do Poder Público para aferir se eles estão adequados ao valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça [...], mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva. É *razoável* que o seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. [grifo do autor]

Concernente à proporcionalidade, enuncia-se a ideia “de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas” (MELLO, 2007, p. 76).

Acerca da sua destinação, o princípio da proporcionalidade não se restringe à proibição de excesso pelo poder público. Ganha cada vez mais espaço a utilização do princípio como instrumento contra a insuficiência e a omissão dos poderes estatais (SILVA, 2002).

Em estudo aprofundado sobre estes princípios, Silva (2002, p. 31) afirmou que:

A regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão e não é uma simples pauta que, vagamente, sugere que os atos estatais devem ser razoáveis, nem uma simples análise da relação meio-fim. Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma *estrutura* racionalmente definida, com subelementos independentes - a análise da *adequação*, da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito* - que são aplicados em uma ordem pré-definida, e que conferem à regra da proporcionalidade a individualidade que a diferencia, *claramente*, da mera exigência de razoabilidade. [grifo do autor]

Para o autor, a razoabilidade consiste no primeiro subelemento, qual seja, a adequação, caracterizada por conferir à medida aplicada a capacidade de se chegar ao resultado almejado. Desta forma, fundamenta que ambos os princípios não se fundem, pois a proporcionalidade é mais ampla (SILVA, 2002).

O Estado deve tornar transparente todos os seus atos, conforme reza o princípio da publicidade. A divulgação de todos os atos é obrigatória, para início de seus efeitos, controle e conhecimento (GASPARINI, 2004).

Nesta esteira, expôs Monteiro (2011, *on-line*):

[...] não adianta o poder público ser emanado do povo se este não puder se manifestar quanto aos atos da Administração. Desta forma, não basta exigir uma Administração proba e célere, mas deve-se agir para tanto. E se o princípio da publicidade não for respeitado, o administrado desconhecerá dos atos que ofenderam os seus direitos e não poderá manifestar-se. Nesse viés, é dever da Administração tornar públicos os seus atos, divulgando por meio de órgãos oficiais.

O princípio da publicidade comporta exceções, inclusive com previsão constitucional, pois algumas situações específicas exigem sigilo, a exemplo de investigações criminais e informações adquiridas em razão do trabalho jornalístico.

Insere-se no campo da economicidade, agilidade e bom resultado o princípio da eficiência, ao passo que ao Estado cabe prezar por serviços prestados com qualidade aos cidadãos. Entretanto, para atingir bons resultados, sendo eficaz, é necessário o atendimento da eficiência, haja vista que uma atividade tardia pode não resolver o que era necessário em momento anterior, atingindo consequências desagradáveis.

Outrossim, na acepção de Gasparini (2004, p. 21):

As atribuições devem ser executadas com perfeição, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua repetição e reclamos por parte dos administradores. Ademais, a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e de dinheiro públicos, tão necessários na época atual. Por fim, tais competências devem ser praticadas com *rendimento*, isto é, com resultados positivos para o interesse público e satisfatórios para o interesse da coletividade. [grifo do autor]

A respeito do princípio da supremacia do interesse público, cabe dizer que é este, também, um dos pilares da gestão pública. A palavra supremacia remete ao entendimento de que algo está no topo e é reverenciado, sendo, portanto o interesse público, que, por vezes, pode estar em conflito com o interesse particular. Por isso, em havendo este tipo de conflito, deve prevalecer a observância ao referido princípio.

No entanto, é necessário ter cuidado na aplicação da supremacia do interesse público, pois, como bem assevera Viegas (2011, *on-line*):

É certo que, quando houver conflito entre o interesse coletivo e o interesse individual, o administrador deve buscar atender aos anseios da coletividade, caso contrário, haveria um desvio de finalidade, tornando, desse modo, o ato nulo. Contudo, fazer com que o interesse público prevaleça em todas as situações significa colocar em risco os direitos fundamentais do homem. Dessa forma, a Administração deve ter muita cautela porque, ao mesmo tempo, que a Constituição da República lhe outorgou prerrogativas a fim de atingir o interesse público, a nossa Carta Magna também garantiu aos cidadãos a garantia de observância de seus direitos fundamentais contra o abuso de poder.

Parte da doutrina nacional defende a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, ou até mesmo, a sua reconstrução, termo preferido por estudiosos que buscam conciliar as posições doutrinárias clássica e moderna, quando colocado à frente de direitos fundamentais, assim reconhecidos constitucionalmente.

Na visão de Borges (2007, *on-line*):

Não se trata de desconstruir a supremacia do interesse público. Bem ao contrário, na atual conjuntura nacional, o que é preciso, mais do que nunca, é fazer respeitá-la, é integrá-la na defesa dos luminosos objetivos fundamentais de nossa Constituição [...] É preciso não confundir a supremacia do interesse público, - alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico-administrativo, - com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes de sua aplicação prática.

Ademais, verifica-se a preocupação da doutrina não só em buscar o sentido do princípio em questão, mas de demonstrar que o mais importante é o gestor público, realmente, fazer bom uso daquele, na realização do melhor para a coletividade.

Complementando o princípio exposto alhures, diga-se que a Administração Pública reverbera interesses como sendo públicos e compete àquela primar pela realização destes, ainda que em detrimento de outros (NETO, 2014). A partir do momento que algum interesse é tido como público, este é considerado, também, como indisponível. Apresenta-se, pois, nestas considerações, o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Referido princípio guarda em seu bojo que à Administração Pública compete curar os bens, direitos, interesses e serviços públicos, “cabendo-lhes por isso tão-só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados” (GASPARINI, 2004, p. 17).

Outro princípio é o da moralidade e/ou probidade administrativa. O conceito jurídico da moralidade é indeterminado, mas este princípio foi inserido no ordenamento jurídico com o fito de impedir o desvio de poder, objetivando que o administrador público não utilizasse meios lícitos para alcançar fins, moralmente, ilícitos.

É convergente o entendimento da maior parte dos doutrinadores que se destinam a estudar e explanar acerca da moralidade e da lei, que há diferença entre estes, pois, nem sempre o que é legal também é considerado moralmente correto.

Segundo Di Pietro (2007, p. 68): “**Licitude** e **honestidade** seriam os traços distintivos entre o direito e a moral, numa aceitação ampla do brocardo segundo a qual *non omne quod licet honestum est* (nem tudo o que é legal é honesto)” [grifo do autor].

A esse respeito, o Decreto 1.171/1994, o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal, dispõe que: “O servidor público não poderá jamais desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4º, da Constituição Federal” (BRASIL, 1994, *on-line*).

Ressalte-se, também que, nos termos do inciso LXXIII, art. 5º da Constituição Federal, cabe ação popular contra ato da Administração Pública que tenha causado lesão à moralidade administrativa. Ainda, o § 4º, do art. 37 da Constituição, referido pelo decreto citado acima, dispõe o seguinte: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Tratou-se dos princípios gerais do Direito Administrativo, demonstrando seus objetivos, a fim de que possam orientar as ações das autoridades públicas competentes. Na sequência, adentrar-se-á no estudo, ainda que sucinto, dos princípios específicos quando da realização de certames licitatórios.

1.2 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS NAS LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES

A Lei Geral de Licitações e Contratos, Lei nº 8.666/93, em seu art. 3º dispõe que a realização de licitação visa garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração (BRASIL, 1993, *on-line*).

Para tanto, o mesmo dispositivo legal elenca princípios a serem observados no processamento do procedimento licitatório, quais sejam, “os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos” (BRASIL, 1993, *on-line*).

Observa-se que, princípios considerados como gerais do Direito Administrativo, também são denominados específicos das licitações públicas porque intrínsecos a tal atividade. Mesmo que a Lei nº 8.666/93 não explicita todos os princípios já comentados, faz-se mister o seguimento de todos nos procedimentos licitatórios.

Buscando escapar à redundância no presente trabalho, explanar-se-á neste ponto acerca dos princípios da igualdade, da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo.

O princípio da igualdade entre os licitantes é oriundo do princípio da impessoalidade, do qual se extrai a premissa de tratamento igual destinado a todos, visando lhes dar as mesmas oportunidades.

Segundo Di Pietro (2007, p. 330), referido princípio “veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais.”

Outro ponto de vista deste princípio é o de que se deve aplicar tratamento igual aos iguais e desiguais aos desiguais, como bem explica Niebhuhr (2000, p. 141):

O princípio da isonomia manifesta-se como termo referencial, orientando o agir que conduza à igualdade; e como norma, autoriza o Estado a determinadas condutas e confere poder aos particulares para exigí-las. *A priori*, prestigiando o aspecto negativo, todos que estiverem em condições de igualdade têm o direito de, com decalque no aspecto positivo, deve-se tratar desigualmente os desiguais. Isto quer permitir ao poder público estabelecer desigualdade jurídica, objetivando a igualdade de fato. Noutra ponta, o direito subjetivo a um tratamento desigual sofre acentuada ponderação, uma vez que igualdade não se decreta, pois nela influem uma série de condições que fogem da esfera judiciária, tais como a oportunidade, dinheiro, talento e urgência. Assim, o particular só pode exigir (judicialmente) o tratamento diferenciado em situação extrema, quando, (...) aquilo que falta compromete a dignidade do homem, aproximando-se aos Direitos Humanos e Fundamentais.

A Lei de Licitações e Contratos estabelece que no procedimento licitatório não podem haver atos que diminuam ou frustrem a competitividade². Todavia, a mesma lei seleciona critérios de desempate, o qual cria exceção ao princípio da igualdade. Assim, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras. IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (BRASIL, 1993, *on-line*).

Observa-se, portanto, que o princípio da igualdade visa garantir as mesmas condições a todos que participem do procedimento licitatório, mas a própria lei comporta exceção quando se refere aos critérios de desempate.

O instrumento convocatório, o qual pode ser o edital ou carta convite, a depender da modalidade de licitação, ou documento de dispensa e inexigibilidade, é considerado a lei do certame, vez que, a fim de assegurar todos os outros princípios, o mencionado instrumento precisa estabelecer as regras, tais como prazos, documentos exigidos, parâmetros para as propostas, entre outros.

Dispõe o art. 41 da Lei nº 8.666/93 o seguinte: “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Assim, “O princípio da *vinculação ao instrumento convocatório* obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame [...]” (MELLO, 2007, p. 516) [grifo do autor].

No mesmo sentido, segundo Di Pietro (2007, p. 335):

[...] se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Entretanto, ressalte-se que há entendimentos doutrinários e decisões de tribunais que relativizam o atrelamento do contrato ao instrumento convocatório. Tais posicionamentos não contrariam o princípio da vinculação, apenas o relativizam, em razão da situação fática e em atendimento a outros princípios.

² Art. 3º, § 1º da Lei 8.666/93.

Considerando a forma de organização do presente estudo, tais entendimentos serão explanados com maior profundidade no terceiro capítulo.

Trata a Lei Geral de Licitações acerca do princípio do julgamento objetivo, enfatizado no art. 45, determinando que a avaliação das propostas apresentadas pelos concorrentes do certame seja realizada de acordo com o que estabelece o ato convocatório (edital ou convite), ou seja, seguindo critérios prefixados e previamente conhecidos por todos os licitantes.

Desta feita, não se possibilita qualquer juízo subjetivo sobre a escolha da proposta vencedora, a fim de garantir a lisura do procedimento.

De acordo com a revista de licitações e contratos do Tribunal de Contas da União, “Esse princípio significa que o administrador deve observar critérios objetivos definidos no ato convocatório para o julgamento das propostas. Afasta a possibilidade de o julgador utilizar-se de fatores subjetivos ou de critérios não previstos no ato convocatório, mesmo que em benefício da própria Administração” (BRASIL, s.d., *on-line*).

No entanto, ressalva Mello (2007, p. 516-517):

Cumpre reconhecer, entretanto, que objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas –, nem sempre será possível atingir-se o ideal da objetividade extrema, pois, quando os bens ou serviços são fortemente aparentados nestes atributos, a primazia de um ou de outro depende de apreciações irredutíveis a um plano excludente de opiniões pessoais.

Diante do exposto, depreende-se que o escopo do princípio em análise é o de evitar o favorecimento pessoal e escolher a melhor proposta para a Administração Pública.

1.3 CONCLUSÕES PRELIMINARES

Considerando a finalidade da atividade de administrar, bem como seus objetos como sendo públicos, competindo ao Estado guardá-los e mantê-los, para uso de todos porque de titularidade destes, faz-se imprescindível o respeito aos princípios ora apresentados.

Desta forma, tem-se a legalidade, segundo a qual o administrador deve seguir a norma posta e agir conforme outros princípios, na falta daquela; passando pelos princípios da impessoalidade, finalidade, motivação, os quais determinam que todas as ações devem

assegurar o interesse público, sem destinação de cunho pessoal e, devidamente justificadas pelo que as impulsionaram.

Há a razoabilidade e a proporcionalidade, que norteiam o bom senso do gestor público, principalmente, quando há o sopesamento de dois interesses. Também, os princípios da publicidade, eficiência, interesse público e supremacia do interesse público, indisponibilidade do interesse público e moralidade, que têm por escopo oportunizar ao cidadão o acompanhamento de todos os atos administrativos, os quais devem ser realizados com economicidade temporal e material, atingindo seus objetivos, por meio de condutas ilibadas, por vezes, acima da lei, em razão da finalidade pública, que é atender ao interesse da coletividade, cuja prevalência é dever, mas, levando-se em conta também, os direitos fundamentais quando em conflito com o interesse público.

2 ESCORÇO PROCEDIMENTAL DA LICITAÇÃO

Cabe ao Poder Público, representado pela Administração Pública, proporcionar aos indivíduos da sociedade condições para o atendimento de suas necessidades básicas, tais como educação, saúde, lazer, entre outras. Por isso, o Estado contrata particulares para a execução de atividades tipicamente públicas, uma vez que não executa de forma direta todas elas.

Há previsão constitucional para o estabelecimento de contratos administrativos nos seguintes termos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988, *on-line*).

Depreende-se do texto supralegal que a realização de procedimento licitatório é a regra para selecionar o futuro contratado. Excepcionalmente, havendo lei dispondo desta forma, pode haver contratação sem prévia licitação.

A Lei geral sobre licitações e contratos é a de nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Os procedimentos a serem seguidos em ambos constam desta legislação, dita geral por ter aplicabilidade em âmbito nacional. Estados e Municípios podem criar lei para regulamentar a matéria em questão. Contudo, aqueles que não têm, utilizam a legislação Federal de Licitações.

2.1 NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO

Antes de adentrar às normas gerais de licitação, faz-se mister o estudo do conceito deste procedimento administrativo, o qual se relaciona diretamente ao seu objetivo.

Segundo Mello (2007, p. 507):

[...] é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Corroborando com tal conceito, acrescenta-se que a licitação é uma sucessão de atos, por meio dos quais a Administração Pública visa “selecionar proponentes com habilitação mínima para serem contratados, e dentre as propostas apresentadas por estes, seleciona a mais vantajosa” (BLANCHET, 1998, p. 129).

A necessidade de realização de licitação decorre dos princípios do Direito Administrativo, sobretudo do da indisponibilidade do interesse público, vez que o procedimento oportuniza que a gestão pública encontre a proposta mais interessante a toda a coletividade, e o da igualdade, o qual confere aos licitantes as mesmas chances, para que haja justiça na escolha do vencedor.

Destarte, nos termos de Mukai (2000, p. 4):

[...] esses dois princípios explicam, em primeiro lugar, o porquê do dever de licitar que, em princípio, pesa sobre a Administração Pública; em segundo lugar, cada um deles responde pelas duas finalidades únicas e fundamentais da licitação: a busca da contratação mais vantajosa para o Poder Público e o oferecimento de iguais oportunidades aos administrados, de virem a ser contratados por ele. Eis aí dois elementos fundamentais para a construção do conceito de licitação.

Destaque-se que existem várias modalidades de licitação, e cada qual comporta uma sequência determinada de atos e exigências. A escolha daquela deve ser definida de acordo com a complexidade do objeto licitado. Assim, quanto mais detalhes e seriedade exigir o que deva prestar o vencedor do certame, mais rígida deve ser a modalidade utilizada. Nas palavras de Justen Filho (1999, p. 187), “A variedade decorre das exigências a serem atendidas para obtenção do melhor e mais eficiente resultado”.

2.1.1 Da etapa interna

A licitação é composta pelas etapas interna e externa. Consiste a primeira em delimitar as condições do instrumento que irá convocar os participantes, antes de o levar a público. Já a etapa externa, configura-se a partir da publicação do edital, convite ou outro documento convocatório, até a adjudicação do objeto (CAMARÃO; DANIEL, 2015).

Comporta a etapa interna a elaboração pelo órgão interessado do instrumento que convocará participantes a apresentar suas propostas à Administração Pública. Referido instrumento, em regra, denomina-se edital. Portanto, a autoridade competente autoriza ou determina a instauração do processo licitatório, descreve minuciosamente o seu objeto e indica os recursos hábeis para a despesa (MEIRELLES, 1999).

Desta forma, antes da elaboração do edital, a repartição interessada no objeto a ser licitado deve providenciar o projeto básico ou termo de referência. A utilização de um ou outro depende da modalidade licitatória e há entre eles algumas diferenças técnicas. Todavia, possuem, praticamente, as mesmas características.

O Decreto 5.450, de 31/05/2005, que regulamenta a modalidade de licitação na forma de pregão eletrônico conceitua termo de referência da seguinte maneira:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:

I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização;

[...]

§ 2º O termo de referência é o documento que deverá conter elementos capazes de propiciar avaliação do custo pela administração diante de orçamento detalhado, definição dos métodos, estratégia de suprimento, valor estimado em planilhas de acordo com o preço de mercado, cronograma físico-financeiro, se for o caso, critério de aceitação do objeto, deveres do contratado e do contratante, procedimentos de fiscalização e gerenciamento do contrato, prazo de execução e sanções, de forma clara, concisa e objetiva (BRASIL, 2005, *on-line*).

Encontra-se também na legislação a definição de projeto básico, estando prevista no art. 6º, IX da Lei nº 8.666/93, nos seguintes termos:

[...] conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução [...]. (BRASIL, 1993, *on-line*)

Denota-se que, tanto o projeto básico quanto o termo de referência antecedem o edital, visando dar subsídio à elaboração deste, e constam dele como anexo quando da sua publicação. Afirma-se que os dois instrumentos aqui tratados dão início à constituição do instrumento que convidará os licitantes a participar do certame.

Salienta-se que o instrumento convocatório deve prever a descrição da repartição que pretende contratar, os prazos para realização dos atos, a descrição dos documentos que os participantes precisam apresentar, os parâmetros para o oferecimento das propostas, principalmente, o detalhamento específico do objeto que se quer, entre outros.

Em que pese a necessidade de haver a descrição pormenorizada do objeto da licitação, norteadas pelos princípios da impessoalidade e da igualdade, a Lei nº 8.666/93, em seu art. 7º, § 5º, veda o direcionamento da seleção de determinada marca de produto ou empresa licitante.

Ressalta-se a relevância prática de se elaborar um edital com a máxima atenção aos ditames legais e morais, buscando, principalmente, descrever claramente o que pretende a gestão pública com a realização da licitação. Ainda, recorde-se aqui do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que veda o afastamento dos procedimentos licitatórios dos seus termos, durante toda a licitação e quando da contratação.

Desta feita, caso o edital contenha alguma terminação que culminará em resultado desfavorável ou não tão favorável ao interesse público, as autoridades competentes que realizam o procedimento, em regra, não podem se desviar daquele e agir de maneira a conseguir um melhor resultado, mesmo que o interesse público seja supremo, pois a Administração tem todas as oportunidades de elaborar um instrumento convocatório com qualidade.

No tocante a esse assunto, apontam Camarão e Daniel (2015, p. 54):

É na fase interna, no momento da definição do objeto que subsidiará o Edital de Licitação, que se cometem equívocos insanáveis que acabam por macular todo o procedimento. É frequente ouvirmos, no senso comum ou até mesmo entre juristas e administradores públicos, leigos em matéria de licitações, que por meio dela não é possível adquirir produtos de qualidade. Tal constatação advém exatamente da pouca ou nenhuma atenção que muitos órgãos públicos dedicam à fase interna da licitação, o momento da especificação do objeto. Outrossim, antes de elaborar o Edital, a Administração Pública precisa se valer de técnicos suficientemente capacitados para especificar o objeto que se almeja contratar.

Visualiza-se a importância da fase interna para a licitação, uma vez que determinará todo o seu andamento, vinculando a ela todos os atos praticados na etapa externa. A princípio, a Administração Pública elabora o projeto básico ou o termo de referência, a seguir o edital, os quais devem ser feitos com a máxima atenção pelos servidores responsáveis, a fim de atingir um resultado satisfatório.

2.1.2 Da etapa externa

Em seguida, realiza-se a fase externa do procedimento, cuja sequência se desenvolve da seguinte forma: “a) audiência pública; b) edital ou convite de convocação dos interessados; c) recebimento da documentação e propostas; d) habilitação dos licitantes; e) julgamento das propostas; f) adjudicação e homologação” (MEIRELLES, 1999, p. 111).

Entende-se por audiência pública como sendo:

[...] um instrumento que leva a uma decisão política ou legal com legitimidade e transparência. Cuida-se de uma instância no processo de tomada da decisão administrativa ou legislativa, através da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos dessa decisão tenham oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo. É através dela que o responsável pela decisão tem acesso, simultaneamente e em condições de igualdade, às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida, em contato direto com os interessados. Tais opiniões não vinculam a decisão, visto que têm caráter consultivo, e a autoridade, embora não esteja obrigada a segui-las, deve analisá-las segundo seus critérios, acolhendo-as ou rejeitando-as. (SOARES, 2002, *on-line*)

O procedimento licitatório terá início com a audiência pública, segundo reza o art. 39 da Lei de Licitações, quando o valor estimado para a licitação ultrapassar 100 (cem) vezes o valor que determina a utilização da modalidade da concorrência pública, sendo este o montante de 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Portanto, somente nas licitações em que o recurso previsto para ser gasto seja a partir de 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), é que se realizará a audiência pública (BRASIL, 1993, *on-line*).

Depreende-se, desde logo, que uma atividade que necessite movimentar um montante tão alto de recurso público tenha grande relevância a toda a população envolvida. Por isso é tão importante a publicidade da realização da reunião coletiva, visando expor o que se pretende e ouvir o que os cidadãos têm a dizer.

Neste sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região suspendeu uma licitação, em razão do não atendimento ao art. 39 da Lei nº 8.666/93, conforme segue:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL DE CONCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PÚBLICA. SUSPENSÃO DO CERTAME. 1. O art. 39, da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) deve ser interpretado com vistas a assegurar a vontade do constituinte de fortalecer a participação da sociedade civil nos atos praticados pela Administração Pública. 2. As audiências públicas conferem oportunidade aos consumidores de serem informados, com especificidade, sobre todas as questões de seu interesse, inclusive sobre o custo do serviço prestado, além de possibilitar requerimentos e apresentação de propostas, concretizando a real noção de participação, idéia que norteia o novo modelo de Administração Pública. 3. O interesse que se quer proteger não é apenas a preservação do erário mas a transparência da gestão pública e dos motivos que embasam suas opções. 4. A opção

pelo critério de melhor proposta técnica em detrimento do melhor preço, em princípio, é aspecto que reside no campo da discricionariedade da Administração mas que poderá ser discutido na audiência pública a ser realizada, sendo inviável o aprofundamento de tal discussão nesta sede de cognição sumária. (BRASIL, 2010, *on-line*)

Na sequência, há a publicação do edital ou carta convite, convocando os interessados a participar do certame.

Como dito alhures, o edital contém todas as informações das quais os participantes necessitam para elaborar as suas propostas, bem como as datas de execução de cada procedimento, as documentações que devem apresentar e o que irá obter o licitante vencedor.

A carta-convite também é um instrumento convocatório, semelhante ao edital, mas da modalidade de licitação convite, cujo procedimento é mais simples e se justifica em razão de a contratação ser de menor valor. Por isso, a Administração envia o convite diretamente às empresas especializadas no objeto da licitação. Não há a necessidade de publicação do instrumento na imprensa oficial, mas de sua afixação em local apropriado, para que os demais interessados tenham acesso e possam se cadastrar para participar, dentro do prazo³.

Cuida o art. 27 da Lei Geral de Licitações de especificar quais documentos deve o licitante apresentar, para sua habilitação. O dispositivo legal faz menção à exigência de documentação, exclusivamente, relativa a: habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, qualificação técnica, regularidade fiscal e trabalhista e o cumprimento do preceito constitucional constante no art. 6º, XXXIII, a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos” (BRASIL, 1993, *on-line*).

O inciso XXI, do art. 37 da Constituição, aduz que o procedimento licitatório só exigirá “qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Tendo por base o preceito supralegal mencionado, Di Pietro (2008), diz que a exigência do art. 27 da Lei 8.666/93, acerca da proibição de trabalho noturno, é exagero.

A orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e a não exigência de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados em licitar. [...] nada mais se pode exigir, na fase de habilitação, dos licitantes. Reconhecimentos de firma, certidões negativas, cauções, regularidade eleitoral, são exigências impertinentes, que a lei federal dispensou nesta fase, mas que a burocracia ainda vem fazendo ilegalmente, no seu vezo de criar embaraço aos licitantes. É verdadeiro estrabismo público, que as autoridades superiores precisam corrigir, para que os burocratas não persistam nas suas distorções rotineiras de complicar aquilo que a legislação já simplificou. (MEIRELLES, 1999, p. 121)

³ Art. 22, § 3 da Lei de Licitações.

No mesmo sentido foi a decisão do Superior Tribunal de Justiça, em mandado de segurança impetrado por um licitante, alegando rigorismos dos documentos exigidos:

DIREITO PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO LICITATORIO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. INTERPRETAÇÃO DAS CLAUSULAS DO INSTRUMENTO CONVOCATORIO PELO JUDICIARIO, FIXANDO-SE O SENTIDO E O ALCANCE DE CADA UMA DELAS E ESCOIMANDO EXIGENCIAS DESNECESSARIAS E DE EXCESSIVO RIGOR PREJUDICIAIS AO INTERESSE PÚBLICO. POSSIBILIDADE. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA PARA ESSE FIM. DEFERIMENTO. O “EDITAL” NO SISTEMA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL VIGENTE, CONSTITUINDO LEI ENTRE AS PARTES, E NORMA FUNDAMENTAL DA CONCORRENCIA, CUJO OBJETIVO E DETERMINAR O "OBJETO DA LICITAÇÃO", DISCRIMINAR OS DIREITOS E OBRIGAÇÕES DOS INTERVENIENTES E O PODER PUBLICO E DISCIPLINAR O PROCEDIMENTO ADEQUADO AO ESTUDO E JULGAMENTO DAS PROPOSTAS. CONSOANTE ENSINAM OS JURISTAS, **O PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL NÃO É ‘ABSOLUTO’, DE TAL FORMA QUE IMPEÇA O JUDICIARIO DE INTERPRETAR-LHE, BUSCANDO-LHE O SENTIDO E A COMPREENSÃO E ESCOIMANDO-O DE CLAUSULAS DESNECESSARIAS OU QUE EXTRAPOLEM OS DITAMES DA LEI DE REGENCIA E CUJO EXCESSIVO RIGOR POSSA AFASTAR, DA CONCORRENCIA, POSSIVEIS PROPONENTES, OU QUE O TRANSMUDE DE UM INSTRUMENTO DE DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO EM CONJUNTO DE REGRAS PREJUDICIAIS AO QUE, COM ELE, OBJETIVA A ADMINISTRAÇÃO.** (BRASIL, 1998, *on-line*) [grifo nosso]

As documentações são, então, entregues pelos licitantes à comissão de licitação na hora e dia previamente estabelecidos pelo instrumento convocatório.

São entregues no mesmo momento, também, as propostas. Entretanto, em envelopes separados e lacrados. Isto porque, a comissão analisará, primeiramente, os documentos de habilitação e, se habilitado o participante, passará à análise de sua proposta. Mas, se desabilitado, o envelope da oferta nem será aberto. O procedimento é devolvê-lo da mesma forma que foi recebido.

Especifica os parâmetros para a formulação da proposta o instrumento convocatório. Assim, a Administração fala o que quer, como quer, em que prazo, tudo minuciosamente detalhado, e o particular participante da licitação responde com a sua oferta, por meio da qual adequa as exigências do Poder Público, considerando inflação, pagamento de funcionários terceirizados e todos os gastos que venha a ter para executar o objeto, especificando quanto a Administração terá que pagar por isso.

O julgamento das propostas pode ocorrer na mesma sessão pública em que foram abertos os respectivos envelopes, ou em sessão reservada, apenas com a comissão responsável e seus assessores, dada a complexidade dos documentos a serem verificados (GASPARINI, 2004).

No tocante ao exame das ofertas, leciona Gasparini (2004, p. 520):

Esse exame é apenas de forma. Não há nesse momento qualquer preocupação com o conteúdo das propostas. Por ele verifica-se se o proponente observou os termos e condições do edital, no que concerne à elaboração e apresentação de sua proposta, sob pena de desclassificação. Não se tem como aceitar a proposta incompleta em suas partes essenciais (sem identificação do proponente, sem data ou sem assinatura). Essa será, *sempre*, rejeitada. Pode-se dizer, então, com os demais estudiosos, que a proposta que não atender aos termos e condições do edital ou carta-convite é inaceitável e deve ser desclassificada. Não obstante esse rigoroso procedimento, há que se compreender que só a inobservância do edital ou carta-convite no que for essencial ou a omissão da proposta no que for substancial ou no que trouxe prejuízos à entidade licitante, ou aos proponentes, enseja a desclassificação. De sorte que erros de soma, de inversão de colunas, número de vias, imperfeição linguagem, forma das cópias (xerox em lugar de certidão) e outros dessa natureza não devem servir de motivo para tanto. [grifo do autor]

Tem-se que a caracterização de aptidão documental, no que se refere à qualificação jurídica, técnica, econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista do particular participante da licitação, denomina-se habilitação, bem como inabilitação, caso falte documento, ou algum não comprove a qualificação.

Ainda, o resultado positivo ao licitante do julgamento da oferta, é chamado de classificação e, considera-se desclassificado aquele que apresentou a proposta em desacordo com os ditames do instrumento convocatório. “À entidade licitadora incumbe fundamentar a desclassificação, explicitando de modo claro e preciso os aspectos que determinaram sua incompatibilidade com os requisitos inerentes à licitação” (MELLO, 2007, p. 577).

Em seguida, tem-se a homologação e a adjudicação, atos previstos no art. 43, VI da Lei de Licitações e Contratos. Entende-se por homologação o ato da autoridade competente, em regra, superior à comissão de licitação, de ratificar o resultado obtido na licitação, que fora conduzida por aquela. Entretanto, pode acontecer de não ter sido observada alguma prescrição do instrumento convocatório, momento em que se abre para referida autoridade outras duas possibilidades: determinar a retificação da classificação das propostas, ou anular o procedimento, em razão de vício insanável, verificado em qualquer fase da licitação (MEIRELLES, 1999).

Superado o ato de homologação, em que seja confirmado o resultado da licitação, aguarda-se o prazo para interposição de eventuais recursos, e passa-se à adjudicação, conceituada como sendo o ato de “atribuir ao proponente-vencedor, autor da proposta mais vantajosa, o objeto da licitação” (GASPARINI, 2004, p. 532).

Conforme ensina Meirelles (1999, p. 152):

São efeitos jurídicos da adjudicação: a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na sua proposta; c) a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e à perda de eventuais garantias oferecidas, se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidos; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com qualquer outro que não seja o adjudicatário; e) a liberação dos licitantes vencidos dos encargos da licitação.

A adjudicação põe termo ao procedimento de licitação, dando espaço ao início da próxima etapa: a contratação do particular vencedor do certame. Vale ressaltar que, adjudicar não é o mesmo que convocar o licitante para assinar o contrato. A Administração Pública ainda pode aguardar o prazo estabelecido pelo edital ou pela lei. Todavia, não realizada a contratação dentro de sessenta dias da entrega das propostas, encontra-se liberado do compromisso o particular⁴, “e a contratação passa a depender da vontade do licitante em manter sua proposta” (MARTINS, 2013, *on-line*).

Acerca do tema, entendeu o relator da demanda que deu origem ao acórdão 868/2006, da segunda turma do Tribunal de Contas da União:

[...] o fato de o objeto de um dado certame ter sido adjudicado a uma empresa, não implica em direito subjetivo da mesma em obter a contratação. O direito do adjudicatário é o de ser convocado em primeiro lugar caso a Administração decida celebrá-lo, conforme vastamente pacificado pela jurisprudência e pela doutrina. (BRASIL, 2006, *on-line*)

Destarte, verificou-se no que consiste a etapa externa da licitação, a qual é o conjunto de todos os atos necessários a culminar na seleção de um licitante, que tenha sido habilitado (refere-se à entrega das documentações exigidas pelo certame) e, posteriormente, classificado (concernente à proposta dentro dos parâmetros editalícios) de acordo com os critérios objetivos de julgamento, ao qual é entregue o objeto licitado (adjudicação).

Atinente à redução a termo da avença, cabe mencionar a existência de formalização de contrato antecedido por licitação, em que há a execução de vários procedimentos para a seleção do futuro contratado, e as contratações não precedidas de realização de certame público. São as hipóteses de dispensa e inexistência de licitação.

⁴ Art. 64, § 3º da Lei nº 8.666/93.

2.2 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FRENTE AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A licitação é um princípio constitucional, previsto, como já mencionado anteriormente, no art. 37, XXI da Constituição Federal. Tendo em vista sua finalidade, o certame licitatório é a regra, mas comporta exceções a legislação específica sobre licitação e contratos, quais sejam, os casos de licitação dispensada, dispensável e inexigível⁵. Exceções estas, inclusive, autorizadas pelo dispositivo constitucional em apreço.

Nestas situações em que não há a presença de licitação, denomina-se contratação direta a avença entre as partes, exatamente por não haver competição para a seleção do contratado.

Resta saber se existe instrumento convocatório que vincula os procedimentos e contratos de licitação dispensada, dispensável e inexigível, ou, qual o tipo de documento regula aqueles.

No que toca às situações de licitação dispensada, cumpre dizer que elas são uma determinação da lei. Portanto, uma vez caracterizada a hipótese legal, é obrigatória a dispensa do procedimento.

Ocorrem no caso de alienação de bens imóveis e móveis, uma vez cumpridos os requisitos legais. Nas alienações de imóveis, deve ser emitida lei, pelo Poder Legislativo, autorizando-as, bem como a avaliação prévia do bem, consistente na “fixação do valor real, efetivo dos bens avaliados, consideradas todas as suas peculiaridades e circunstâncias, retratando o valor final representativo da respectiva parcela do patrimônio envolvido” (CASALE e SERRADOR, 2002, *on-line*).

A primeira hipótese em que deve a Administração Pública afastar o procedimento licitatório é a de dação em pagamento, caracterizada pela entrega de um bem ao credor, pelo ente público devedor, no lugar de outro bem, ou seja, a dívida consistia em crédito de outra natureza, mas o credor aceita o bem como pagamento, desobrigando o devedor do débito originário e assumindo a propriedade do imóvel. É necessário que a Administração Pública, na sua justificativa, demonstre que a venda do bem é menos vantajosa que a dação em pagamento (GASPARINI, 2004).

⁵ Artigos 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Quando se trata de doação de imóvel do poder público para ele mesmo, também não se realiza licitação, em razão dos princípios do Direito Administrativo, desde que devidamente motivado.

A exceção retoma a regra no § 4º, do art. 17 da Lei 8.666/93, ao dispor que, em se tratando de doação com encargo, deverá ser realizada licitação e do contrato deverão constar, obrigatoriamente, “os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato” (BRASIL, 1993, *on-line*). A dispensa, todavia, fica autorizada se houver interesse público devidamente justificado, mesmo que seja feita a particular.

Na contratação pública de doação com encargo, mais do que a simples transmissão do patrimônio, há o interesse principal na busca pelo fomento à atividade de interesse social, como o desenvolvimento educacional, industrial, comercial, habitacional, entre outras. O objeto do contrato é o próprio encargo, o detalhamento deste, a ser executado pelo particular, para ser donatário do imóvel (DINIZ, 2013).

A doutrina elenca como exemplos de hipóteses autorizadoras de doação com encargo as seguintes: o interesse da Administração Pública na construção de um edifício, para determinada finalidade (JUSTEN FILHO, 1999); “a doação de certo terreno a quem se proponha construir, no menor espaço de tempo, uma creche para atender, no mínimo, a duzentas crianças” (GASPARINI, 2004, p. 443).

O município de Votorantim/SP, doou, em 2007, sem a realização de licitação, seis áreas, uma para cada empresa, com a contraprestação de que estas construíssem indústrias, a fim de gerar renda e empregos no município. Entretanto, a doação foi considerada irregular pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por considerar que haveria vários interessados, se realizada a licitação, tornando obrigatória a execução desta (GONÇALVES JÚNIOR, 2013).

Em ambas as situações, tanto na licitação dispensada quanto na presença do procedimento licitatório, há a formalização de contrato⁶, o que gera questionamento sobre sua vinculação a documento que faça as vezes de instrumento convocatório no caso de não haver licitação.

Pelo estudo sistemático do tema, tem-se como instrumento convocatório o documento que pormenorize o encargo, estabeleça o prazo do cumprimento e a previsão de reversão do bem, se não cumpridas as determinações pelo donatário. Mas, atinente ao modo

⁶ Art. 17, § 4º da Lei nº 8.666/93.

de se proceder, nota-se omissão legal e doutrinária, deixando-se a forma de agir à discricionariedade da autoridade competente.

DINIZ (2013, *on-line*), em trabalho sobre o assunto, busca orientar o administrador público da seguinte maneira:

Por ausência de medida econômica do encargo, ou pela inadequação de selecioná-lo com base numa maior retribuição financeira, fica praticamente inviável a utilização de uma licitação nos moldes previstos na LLC. Mais uma vez se estará presente uma hipótese de inexigibilidade, embora subsista uma multiplicidade de donatários capazes de cumprir o encargo proposto. Nesse caso, é recomendável que seja deflagrado algum procedimento que resguarde principalmente os princípios da isonomia, da publicidade, da impessoalidade e da moralidade na hora de escolher esse donatário. Esse procedimento servirá de subsídio para demonstrar as razões da escolha do executante exigidas pelo art. 26, parágrafo único, da LLC. Embora não se possa chamar esse procedimento de licitação, ele garante e resguarda os mesmos valores que o procedimento licitatório visa proteger.

Percebe-se que o autor tenta, mas não consegue definir o modo de proceder da Administração Pública no que se refere à hipótese de doação com encargo, limitando-se a mencionar a deflagração de “algum procedimento” que tenha por escopo a garantia dos princípios administrativos.

Também fica dispensado o certame licitatório quando da permuta de imóvel por outro que se destine “ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia” (BRASIL, 1993, *on-line*), conforme estabelece o art. 24, X, da Lei de Licitações e Contratos.

O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na decisão do recurso de apelação, interposto em ação popular, assim se pronunciou:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. AÇÃO POPULAR. PERMUTA DE IMÓVEIS PÚBLICOS - **LICITAÇÃO x DISPENSA**. AÇÃO TEMERÁRIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. 1. A alienação de imóveis públicos se faz, regra geral, mediante prévia **licitação**, nos termos do art. 17, I, da Lei 8.666/93. 2. A **licitação** pode, entretanto, ser dispensada quando se trate de permuta com imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia (art. 17, I, c, c/c art. 24, X, ambos da Lei 8.666/93). 3. Caso concreto em que diversos imóveis pertencentes ao INSS eram alugados a preços muito abaixo do mercado, enquanto, ao mesmo tempo, a Autarquia precisava alugar prédios com valor elevado para manter suas agências de atendimento ao público. Válida a decisão consequente, estribada no art. 20, da Lei 8057/90, em permutar os imóveis do INSS por outros que melhor lhe servissem, dentro de determinada localidade e atendendo a determinadas características. 4. Os imóveis particulares e da autarquia foram submetidos à avaliação pela CEF e por empresa particular, chegando-se à conclusão de que seus preços de mercado eram compatíveis, tornando-se viável a permuta. 5.

Posterior necessidade de obras de adaptação, mesmo com elevado valor, é irrelevante, pois todo e qualquer prédio que a Administração venha a tomar para si por qualquer forma de aquisição sempre precisa passar por adaptações das mais diversas visando acomodar pessoal, equipamentos e o serviço que ali será especificamente sediado. (BRASIL, 2006, *on-line*) [grifo do autor]

Isto posto, o vínculo do instrumento contratual se dará ao documento que justificar a escolha dos objetos permutados, uma vez cumpridos os preceitos legais de avaliação, de compatibilidade de preço com o valor de mercado, localização e instalação do bem.

Ademais, no art. 17, I, “d” da Lei Geral de Licitações e Contratos, está prevista a forma de alienação denominada investidura, a qual possui dois conceitos, constantes do § 3º do mesmo dispositivo:

§ 3º Entende-se por investidura, para os fins desta lei:

I - a alienação aos proprietários de imóveis lindeiros de área remanescente ou resultante de obra pública, área esta que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço nunca inferior ao da avaliação e desde que esse não ultrapasse a 50% (cinquenta por cento) do valor constante da alínea “a” do inciso II do art. 23 desta lei;

II - a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão. (BRASIL, 1993, *on-line*)

De acordo com inciso I, a investidura se caracteriza pela alienação de imóvel público àquele que tenha terreno limítrofe, quando da realização de obra pública que não ocupe toda a área, sendo esta considerada inaproveitável e cuja avaliação não ultrapasse 50% do valor previsto para compra e serviço na modalidade convite, o que corresponde a R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais).

Se, da construção de um ginásio de esportes, por exemplo, resultou a não utilização de todo o terreno público, sobrando uma parcela inviável para aproveitamento, preenchendo, portanto o requisito de ser inaproveitável, e seu valor não ultrapasse o limite legal, pode o poder público o vender ao particular vizinho, por meio de contratação direta.

A segunda definição do instituto em comento se refere a imóveis construídos para dar suporte ao início de obras de hidrelétricas, tais como casas para moradia dos trabalhadores, que podem ser vendidas ao possuidor legítimo direto, consistente naquele que residia no imóvel para trabalhar na hidrelétrica.

Fica condicionada a investidura ao cumprimento dos seguintes requisitos: a construção do bem com a finalidade de residência; no período de operação da unidade de

energia, o imóvel não seja necessário e, que não possua o caráter de reversibilidade, ao final da concessão, à empresa concessionária.

Nota-se que no procedimento da alienação pelo modo investidura, inexistente instrumento convocatório, bastando a caracterização das situações descritas nos dispositivos legais, para que se realize o respectivo contrato.

Nas próximas alíneas, do inciso I, do art. 17 da Lei de Licitações e Contratos, estão previstas situações de alienação de bens do poder público para ele mesmo e hipóteses de ocupação de terras, em razão de programas sociais, tais como os habitacionais e de regularização fundiária, que este trabalho se limitará a reproduzi-las:

- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento⁷, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976⁸, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição;
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais. (BRASIL, 1993, *on-line*)

⁷ Aforamento: também denominado de enfiteuse, caracteriza-se pela formalização de contrato em que o proprietário de um imóvel transfere o domínio útil e perpétuo de seu bem a outrem, mediante pagamento por este de um foro anual.

⁸ Art. 29 - O ocupante de terras públicas, que as tenha tornado produtivas com o seu trabalho e o de sua família, fará jus à legitimação da posse de área contínua até 100 (cem) hectares, desde que preencha os seguintes requisitos:

I - não seja proprietário de imóvel rural;

II - comprove a morada permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 (um) ano.

§ 1º - A legitimação da posse de que trata o presente artigo consistirá no fornecimento de uma Licença de Ocupação, pelo prazo mínimo de mais 4 (quatro) anos, findo o qual o ocupante terá a preferência para aquisição do lote, pelo valor histórico da terra nua, satisfeitos os requisitos de morada permanente e cultura efetiva e comprovada a sua capacidade para desenvolver a área ocupada.

§ 2º - Aos portadores de Licenças de Ocupação, concedidas na forma da legislação anterior, será assegurada a preferência para aquisição de área até 100 (cem) hectares, nas condições do parágrafo anterior, e, o que exceder esse limite, pelo valor atual da terra nua.

§ 3º - A Licença de Ocupação será intransferível inter vivos e inegociável, não podendo ser objeto de penhora e arresto.

Entende-se que, nas hipóteses de licitação dispensada não é faculdade da Administração Pública realizar a licitação, pois pode ser bem mais oneroso, e a finalidade e a natureza dos casos elencados justificam a não execução daquela.

Passe-se à exposição e à análise da alienação de bens móveis. Destarte, a legislação⁹ prevê que podem ser realizadas doação, permuta, vendas de ações, de títulos, de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, e venda de materiais e equipamentos. O preceito legal exige avaliação prévia dos bens.

Depreende-se da lei que as alienações de bens móveis não necessitam de autorização legislativa diversamente das de bens imóveis. Todavia, Justen Filho (2012, p. 271) alerta que “[...] a redação do art. 17 induz a necessidade de autorização legislativa apenas para a alienação de bens imóveis. Porém, deve-se reputar indispensável a autorização legislativa também para algumas hipóteses de alienação de bens móveis”, pois “Embora a lei federal não exija expressamente, entende-se como mais apropriado, inclusive no âmbito municipal, a remessa de projeto de lei sobre a permuta, pois a anuência do Poder Legislativo representa mais uma forma de controle dos atos da Administração (DOMINGUES, s.d, *on-line*).

No que tange à doação de móvel de um ente público, necessita-se atender ao interesse social, à oportunidade e à conveniência socioeconômica em relação à outra forma de alienação. Sobre o assunto, Niebuhr (2000, p. 71) faz as seguintes considerações:

Interesse social é espécie que se subsume ao espectro mais largo do interesse público. Isso significa que todo interesse social é pertinente ao interesse público, mas que nem todo interesse público pode ser qualificado como interesse social. Destarte, os bens móveis podem ser doados para serem utilizados em projetos sociais, isto é, que visem beneficiar as parcelas menos favorecidas da sociedade, como vem a ocorrer em atos de benemerência. Não é lícito doar bens móveis a serem utilizados em atividades de interesse público que não tenham fundo social. Por exemplo, não é lícito doar bem móvel a entidade como a Ordem dos Advogados do Brasil, que, conquanto realize atividades relacionadas ao interesse público, normalmente não visam a atender interesses sociais.

Concernente à forma de alienação, “importante frisar que para a doação de um bem móvel, além de só poder ser para fim e uso de interesse social, é necessário que se faça avaliação não só econômica, mas também a de mérito, a qual analisará a oportunidade e conveniência que justifique ser, a doação, a melhor forma de alienação no caso concreto” (CITADINI, 1996, p. 105).

Dadas as considerações acima, afirma-se que a hipótese apresentada deve preencher os seguintes requisitos: justificativa, demonstrando a existência de interesse público,

⁹ Lei 8.666/93, art. 17, II, a, b, c, d e f.

avaliação prévia dos bens e que vise fins sociais, além da análise de oportunidade e conveniência quanto à doação ser a melhor forma de alienação prevista para o caso concreto.

A permuta de móveis da Administração Pública só pode ser feita sem licitação entre órgãos ou entidades do Poder Público. Concernente ao valor dos objetos da permuta “há a necessidade do bem público só poder ser permutado por valor igual ou superior ao da avaliação, sob pena de nulidade dessa alienação” (VIEIRA, 2010, p. 100).

O Poder Público pode, ademais, vender ações, inclusive em bolsa de valores, observando a legislação específica desta. Quanto a esse tipo de alienação o Tribunal de Contas do Ceará entendeu que:

[...] é necessária a autorização legislativa para proceder a alienação de ações, e ainda, que o instrumento autorizativo deverá indicar a quantidade e o tipo das ações a serem alienadas, bem como a destinação dos recursos oriundos da negociação. (CEARÁ, 2000, *on-line*)

Conquanto não conste da Lei nº 8.666/93 o detalhamento de como proceder à venda de ações, a posição do órgão de controle externo tem por base ao atendimento dos princípios administrativos.

Outra exceção à licitação é a venda de títulos públicos, os quais

[...] são como notas promissórias: ao comprar um desses, é como se o investidor estivesse emprestando dinheiro para o governo federal, que, em troca, paga uma certa remuneração depois de um período determinado, que é o prazo de vencimento. Depois da aquisição, o ideal é mantê-lo até o final, para receber a totalidade dos retornos. Caso o investidor queira se desfazer do título antes, perde uma parte dos ganhos, pois tem que revendê-lo ao próprio Tesouro Nacional, órgão que o emite e negocia, ou no mercado secundário, pelo preço praticado naquele momento. (GODOY, 2010, *on-line*)

É possível que os investidores comprem os títulos públicos pelo endereço eletrônico da Secretaria do Tesouro Nacional, por uma ferramenta denominada Tesouro Direto. Assim, segundo o Tesouro Nacional, os títulos públicos são os ativos “de menor risco da economia, pois são 100% garantidos pelo Tesouro Nacional, ou seja, o Governo Federal garante o seu pagamento” (Secretaria do Tesouro Nacional, s.d. *on-line*).

Sobre a venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades do Poder Público, cite-se como exemplo a Petrobrás, pois a sua finalidade é produzir e beneficiar o petróleo para vender. Desta forma, nos termos da lei em comento, não há a necessidade de licitação.

Corroborando Mello (2007, p. 529), ao afirmar que:

[...] não faria sentido pretender que uma sociedade de economia mista ou empresa pública *exploradoras de atividade econômica* (art. 173, § 1º da Constituição) efetuassem licitação para adquirir insumos que rotineiramente necessitam para regularidade da produção industrial ou comercial a que estejam legalmente prepostas. Tanto quanto não o faria pretender que instaurassem dito certame para colocarem no mercado o que produzem. [grifo do autor]

A derradeira hipótese autoriza a venda de equipamentos e materiais para outros órgãos da Administração Pública, desde que não seja prevista utilização para eles, pela entidade ou órgão que pretende alienar.

Verifica-se que, praticamente todos os casos de licitação dispensada exige autorização legislativa, avaliação prévia do bem e, sobretudo, a elaboração de justificativa plausível, para autorizar a exceção ao princípio da licitação, em atendimento ao princípio da motivação.

Perfazem o total de trinta e dois os casos de dispensa de licitação, previstos no art. 24, da Lei nº 8.666/93, sendo este rol taxativo, o que significa que somente nas hipóteses descritas pelo preceito legal pode haver a sua dispensa.

Conforme aponta Medauar (2005, p. 244), “A dispensa abrange os casos em que a situação enseja competitividade, sendo possível efetuar licitação, mas a lei faculta sua não realização. Por isso o rol do art. 24 é considerado taxativo.”

É incabível o estudo individualizado de cada situação elencada pela Lei de Licitações e Contratos. Mas, a título de exemplo, mencione-se que é possível dispensar a licitação nos casos de calamidades públicas; guerra ou grave perturbação da ordem; desinteresse pela licitação por parte dos particulares e contratação de beneficiamento de resíduos sólidos, realizadas por associação ou cooperativa, de renda baixa reconhecida pelo Poder Público.

Inicialmente, deve ser instruído um processo de dispensa de licitação, a fim de executar a contratação direta, contendo, principalmente o ato autorizador daquela, justificando-a.

Essa justificativa deve, quando couber, descrever e bem caracterizar a situação real ensejadora da dispensabilidade da licitação, demonstrar a razão da escolha do fornecedor ou do executor da obra ou serviço desejados pela Administração Pública e a justificativa do preço, demonstrada sua compatibilidade com os praticados no mercado em levantamento juntado ao processo. A Administração Pública, não obstante estar liberada da obrigação de licitar, deve observar os princípios da moralidade administrativa e da economicidade quanto ao preço contratado. Ao processo de dispensabilidade da licitação, quando for o caso, deve ser juntada a aprovação dos projetos de pesquisas aos quais os bens serão alocados. (GASPARINI, 2004, p. 449)

Por fim, acerca do instrumento convocatório no caso de dispensa de licitação, bem descreve o art. 54, § 2º da Lei nº 8.666/93 que, “Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta” (BRASIL, 1993, *on-line*). Destarte, a justificativa e a proposta da empresa a ser contratada diretamente, vincularão o contrato administrativo.

Prevista no art. 25 da Lei de Licitações e Contratos, a inexigibilidade de licitação significa que esta não é requerida da Administração Pública, em virtude da impossibilidade jurídica de competição entre os contratantes. Nestes termos, prescreve a legislação:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. (BRASIL, 1993, *on-line*)

O rol do artigo retrocitado não é exaustivo, vez que a legislação não quis correr o risco de prever todas as situações em que inexiste possibilidade de competição, podendo surgir alguma superveniente ao ato normativo, que pudesse ficar sem disciplina legal. Por isso a colocação “em especial” no final do *caput* do art. 25, do qual se extrai que podem haver mais possibilidades.

Portanto, o primeiro inciso se refere a compras de produtor ou fornecedor exclusivos, ou seja, dentro de determinada área, apenas aquele particular oferece determinado produto. Mas, não basta que isso seja afirmado pelo administrador, pela mera observação fática. É necessário que essa exclusividade seja comprovada por meio de atestado pelo órgão competente local, a depender da natureza do objeto.

Há que se observar, além disso, o critério territorial. Acerca do tema, assim se posicionou o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

Único fornecedor no município não implica, necessariamente, inviabilidade de competição. ‘a (...) existência de único fornecedor no Município não implica, de pronto, a possibilidade de contratação direta, pois, também nesse caso, haverá de a Administração comprovar, em regular procedimento licitatório, a inviabilidade fática de competição, a vantagem custo-benefício e a compatível oferta com o

mercado, que não se restringe ao do Município. A propósito, é bom não se esquecer de que (...) o universo de contratação não se limita à circunscrição territorial do Município; ao contrário, é ele bem mais amplo, abrangendo outros municípios, estados-membros e até países'. (MINAS GERAIS, 2005, *on-line*)

Desta feita, a simples alegação de que existe apenas um fornecedor de determinado produto no município, não é o suficiente para tornar inexigível a licitação. É mister que se faça um estudo aprofundado dos custos previstos para a contratação com fornecedores de outras localidades, para, então, auferir a conveniência, oportunidade, razoabilidade, proporcionalidade e economicidade da contratação direta.

Insere-se na especialidade e singularidade notórias o próximo exemplo trazido pela legislação. Os serviços previstos no art. 13 da Lei 8.666/93 podem ser contratados diretamente, se preenchidos os critérios acima identificados. Entretanto, veda o art. 25, II, da Lei de Licitações e Contratos a inexigência para serviços de publicidade e divulgação.

De acordo com o referido dispositivo, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os que se referem a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico. (BRASIL, 1993, *on-line*)

A contratação visa a obter uma capacidade intelectual extraordinária. Busca-se, portanto, alto desempenho pessoal de ser humano que reúna especial capacidade de aplicar vasto conhecimento teórico, a fim de solucionar problemas do mundo fático (JUSTEN FILHO, 2012).

Conforme Libração (2013, *on-line*):

A notória especialização é um requisito para identificação das condições subjetivas do profissional a ser contratado.

Importante ressaltar que na presente hipótese (artigo 25, II), o fato da impossibilidade de fixar critérios objetivos de julgamento aliada a ausência de disponibilidade dos profissionais capacitados em participar de certames seletivos, não autoriza a Administração a efetuar escolhas arbitrárias ou inadequadas à satisfação do interesse público. A escolha deverá observar os critérios de notoriedade e especialização.

Note-se que há uma relação de confiança e o critério tende a ser discricionário, mas nunca arbitrário. Ressalte-se que essa confiança deve decorrer de critérios objetivos e não, por exemplo, de relações de amizade.

A terceira hipótese excludente do certame licitatório, por inocorrência de competição, refere-se à contratação de profissionais artísticos, consagrados pela opinião pública e pela crítica especializada.

Quanto a estes dois últimos itens, o agente deve indicar o porquê da escolha por aquele artista, indicando, por exemplo, a quantidade de discos gravados, obras reconhecidas nacional e internacionalmente, ganhadoras de prêmios e mencionar a sua participação em eventos de ampla notoriedade (FERNANDES, 2010).

Nota-se que não é frequente a utilização da contratação direta de artistas, por não ser fácil o cumprimento dos requisitos legais. Mencione-se trecho do que disse o relator, Ministro Humberto Guimarães Souto, do Tribunal de Contas da União, em auditoria junto ao Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo:

Inviabilidade de licitação verificada no Processo ILF nº 15/95 para a contratação dos serviços do Sr. Biaggio Mazzeo, tendo em vista que existem na capital do estado de São Paulo diversos pintores capacitados para efetuarem esse trabalho.

[...]

Quanto ao item "e" da aludida audiência, relativo à contratação de serviços de pintura a óleo dos retratos de ex-Presidentes daquele Tribunal, foi alegada inviabilidade de competição a que alude o "caput" do art. 25 da Lei nº 8.666/93. Em que pese a relativa razoabilidade das justificativas do Órgão, que se orientou pelo citado dispositivo legal, entendo que o mesmo não se aplica exatamente ao caso, sendo necessário, por conseguinte, determinar àquele TRE a realização de licitação nas futuras contratações de serviços artísticos. (BRASIL, 1996, *on-line*)

Observa-se a necessidade de uma fundamentação bem elaborada, procurando seguir critérios objetivos, para que se concretize a contratação direta por meio de inexigibilidade de licitação.

2.3 CONTRATO ADMINISTRATIVO

Após a realização da licitação ou dos procedimentos de dispensa e inexigência desta, para que o objeto seja executado pelo vencedor, necessária se faz a formalização do contrato administrativo.

Entende-se por contrato o acordo de vontades, em que há obrigações recíprocas, as quais devem ser cumpridas, sob pena de alguma sanção contratual ou legal.

O conceito acima é geral, podendo se referir a qualquer acordo. Entretanto, ressalte-se que, especificamente, após as licitações públicas, são firmadas avenças denominadas de

contratos administrativos, os quais possuem peculiaridades que lhe atribuem singularidade, cuja regulação legislativa constam dos artigos 54 a 80 da Lei nº 8.666/93.

Nas palavras de Mello (2007, p. 602) o contrato administrativo

[...] é tipo de avença travada entre a Administração e terceiros, na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

O acordo é assinado após o procedimento licitatório, cujas cláusulas adequam o disposto no instrumento convocatório à proposta do particular vencedor. Ademais, a própria Lei Geral de Licitações e Contratos prevê disposições especiais que colocam a Administração Pública em patamar superior ao do particular, ao passo que procura manter vantagem para este.

Assim, objetivando melhor entender a definição do instituto em apreço, faz-se necessário detalhar suas características, e como se dá a sua forma de realização.

Consideram-se características desta espécie de contrato o formalismo, a adesão e a pessoalidade. E, quanto às peculiaridades, registre-se a presença de cláusulas exorbitantes, assim denominadas por não constarem de contratos firmados apenas entre particulares.

Por formalismo se entende a necessidade de reduzir a termo o acordo firmado entre o Poder Público e o particular, frise-se, adequando o instrumento convocatório da licitação que antecedeu o contrato e a proposta do licitante vencedor, tais como prazos para execução do objeto, que materiais serão utilizados, entre outros.

A Administração não obriga o contratado a firmar o acordo e demonstra, por meio do edital ou carta convite as regras da seleção do licitante, bem como traz também, no bojo daqueles instrumentos, a minuta do contrato, ou seja, uma prévia de seus termos. Ficam, pois, cientes os licitantes que não poderão propor alterações substantivas. Por este motivo, o contrato administrativo é considerado de adesão. Ainda que o instrumento contratual não seja precedido de licitação, é a Administração que dita as suas previsões (DI PIETRO, 2007).

Desde que exposto no edital e no contrato, é defesa a subcontratação do objeto pelo particular contratado¹⁰, tendo em vista que “todos os contratos para os quais a lei exige licitação são firmados *intuitu personae*, ou seja, em razão de condições pessoais do contratado, apuradas no procedimento da licitação” (DI PIETRO, 2007, p. 249).

¹⁰ Art. 78, VI da Lei nº 8.666/93.

Cláusulas exorbitantes são aquelas que conferem vantagens ao Poder Público, distanciando-se do Direito Comum (Direito Civil). Assim, uma vez firmado o contrato administrativo entre o Poder Público e o particular, “são conferidas à Administração Pública, com fundamento na supremacia do interesse público, prerrogativas que lhe colocam em patamar diferenciado, de superioridade em face do particular que com ela contrata” (FURTADO, 2013, p. 417).

2.3.1 Cláusulas exorbitantes

Disposições do contrato que conferem à Administração pública privilégios em relação ao particular se tratam das cláusulas exorbitantes, assim denominadas porque exorbitam dos contratos realizados apenas entre particulares, ou seja, neles elas não se fazem presentes.

O art. 58 da Lei nº 8.666/93 menciona grande parte das referidas cláusulas, quais sejam: modificação e rescisão unilateral do contrato; fiscalização da execução do objeto; aplicação de sanções e, no caso de serviços essenciais, a ocupação provisória de bens móveis, imóveis, serviço e pessoal, para a continuidade da atividade. Ademais, ao longo do texto da lei mencionada, encontram-se: a exceção do contrato não cumprido e a exigência de garantia.

Para o presente estudo importa a análise da cláusula exorbitante que se refere à modificação contratual unilateral, autorizado pelo art. 58, I, vez que remete à ideia de que será desconsiderado ou, flexibilizado, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

A alteração unilateral é regulada pelo art. 65, I, “a” e “b”, comportando modificação quantitativa e qualitativa, nos seguintes termos:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
 - b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;
- § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos. (BRASIL, 1993, *on-line*)

No que tange à alteração quantitativa, pode-se afirmar que esta autoriza a Administração acrescer o contrato nos percentuais acima expostos, a exemplo de solicitar a entrega de mais unidades do material comprado, desde que se mantenha o equilíbrio

econômico financeiro, que resulta no aumento proporcional do valor a ser pago ao particular. Ressalta-se que, obedecida a quantidade desses percentuais, obriga-se o contratado a executar o objeto, sem que seja necessário o seu consentimento prévio à alteração.

A modificação contratual qualitativa se refere à técnica e ao projeto. Nesse sentido, Furtado (2013, p. 419) exemplifica:

Após assinado o contrato, descobre-se, ou se torna disponível nova tecnologia que permitiria a execução da obra em menor tempo e com durabilidade bem maior. Nessa hipótese, a Administração poderia decidir, unilateralmente, adotar essa nova tecnologia e o material. Seria exemplo de alteração qualitativa do contrato, haja vista o objeto do contrato – execução de 100 km de asfalto –, não ter sofrido qualquer modificação.

Doutrinariamente, estudiosos suscitam a questão de não haver limite estabelecido em lei para as alterações qualitativas do contrato, pois existe apenas para as quantitativas, sendo os percentuais de 25% e 50%, para acréscimo e supressão¹¹.

Verifica-se a existência de autorização legal para a formalização do contrato administrativo de forma divergente do instrumento convocatório, ficando a cargo do gestor público a forma de aplicar os limites da alteração contratual qualitativa, bem como aos Tribunais de Contas, especialmente, fazer o seu controle.

Via de regra, os contratos não fazem cópia da legislação, sobretudo, em razão da sua extensão. Limita-se, assim, em fazer referência de que a avença será regida pelas disposições legais constantes da Lei nº 8.666/93.

2.4 CONCLUSÕES PRELIMINARES

A licitação, por determinação constitucional é a regra para aquisições, locações e alienações da Administração Pública. Para tanto, possui uma fase interna, caracterizada pela identificação da necessidade do órgão e elaboração do instrumento convocatório (edital ou carta-convite, em regra), e da fase externa, momento em que se publica referido instrumento, chamando particulares a formularem suas propostas de acordo com os seus termos, visando selecionar a mais vantajosa ao Poder Público.

Há exceções ao princípio da licitação, quais sejam, a licitação dispensada, sua dispensa e sua inexigibilidade, constante dos artigos 17, 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

¹¹ Art. 65 da Lei nº 8.666/93.

Desta feita, as hipóteses de procedimento licitatório dispensado, uma vez visualizadas, não são faculdades para a Administração Pública. Portanto, deve-se realizar a contratação direta. Frise-se que o elenco daquelas é exaustivo, pois, se não estiver prescrita na legislação, não se autoriza a dispensa.

Constam da lei trinta e dois casos de dispensa de licitação, a qual só pode ser realizada se caracterizado algum daqueles, vez que o rol é taxativo. Ainda, é facultada a sua realização pelo Poder Público, tendo em vista a análise da vantagem trazida, face ao procedimento licitatório.

No que concerne à inexigibilidade do certame licitatório, tem-se três exemplos na legislação, nos quais se verifica a impossibilidade de competição. Por haver a possibilidade de existirem outras hipóteses em que a competição seja impossível, além das elencadas na Lei de Licitações e Contratos, repita-se que estas são apenas exemplos.

Analisou-se, ainda que sucintamente, o instrumento convocatório em cada uma dessas situações de ausência de licitação, o qual, conforme estudo doutrinário e de dispositivos legais, exterioriza-se na justificativa demonstrando a existência de interesse público e na avaliação prévia do objeto a ser desempenhado. Ademais, reitera-se o teor do art. 54, § 2º da Lei nº 8.666/93, segundo o qual “Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta” (BRASIL, 1993, *on-line*).

Ainda, estudou-se a formalização do contrato administrativo concernente as suas características, com enfoque na cláusula exorbitante que autoriza alteração contratual quantitativa e qualitativa, prevista em lei e, levantando a questão de que, quanto à modificação de caráter qualitativo, há discussão quanto aos limites de sua aplicação, tendo em vista não haver previsão legal.

3 ANÁLISES DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL - VINCULAÇÃO DO CONTRATO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Ante à exposição de princípios gerais do Direito Administrativo e dos próprios do instituto da licitação, bem como diante da apresentação do procedimento da formalização contratual, das cláusulas exorbitantes que o caracterizam, especialmente a que possibilita a alteração contratual, divergindo do edital, carta convite, ou instrumento que lhe faça as vezes, faz-se mister o estudo de posicionamentos relacionados à aplicação do princípio da vinculação do pacto administrativo ao instrumento convocatório.

Mesmo após todo o procedimento licitatório, resultando na seleção de um particular para executar o objeto do certame, não é obrigatória a contratação daquele, vez que poderão haver circunstâncias que a torne inconveniente e inoportuna ou inválida.

No que tange à revogação e anulação do certame, a Lei de Licitações e Contratos, em seu art. 49, assim prescreve:

A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. (BRASIL, 1993, *on-line*)

Diante do exposto, verifica-se que a revogação só é autorizada quando presente fato superveniente, que torne a licitação inconveniente e inoportuna para a Administração, com a sua nítida comprovação. Outrossim, permite-se a anulação quando da existência de ilegalidade.

O Poder Público pode se deparar, no caso concreto, com situações que tornem inviáveis o seguimento do instrumento convocatório, consistentes, via de regra, no edital e na carta convite, acompanhados do projeto básico ou termo de referência, já explicados no capítulo anterior.

Assim, pode ocorrer de o instrumento convocatório da licitação ser mal elaborado, culminando em desvantagens para a Administração Pública, se seguido. Contudo, em um edital cuja elaboração foi falha, nem sempre está caracterizado vício ou a ocorrência de fato superveniente. Portanto, não será cabível a anulação ou revogação do procedimento licitatório. Por isso, alguns estudiosos apontam posições sobre flexibilização do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Visualiza-se nesta situação, que a lei não disciplina especificamente o que o administrador deve fazer, ficando a seu cargo analisar a resolução, conforme os princípios que norteiam o Direito Administrativo. Neste diapasão entra em cena a atuação de vários princípios, mormente, do da razoabilidade e da proporcionalidade.

Uma vez que tais princípios são utilizados como meios para interpretação de outros, passa-se à análise do atendimento dos demais. A revogação não atenderia, portanto, aos princípios da eficiência, que remete à economia de recursos públicos e de tempo; da supremacia do interesse público, entre outros, uma vez que há a necessidade da contratação do objeto, e recomençar um procedimento licitatório atentaria a todos estes princípios.

No caso de um erro de projeto que cause problemas à execução contratual, pode-se deduzir que a hipótese mais correta seria a de rescindir o ajuste. Todavia, não se compatibiliza com o princípio da continuidade do serviço público a interrupção deste, tendo em vista iminente prejuízo aos seus usuários. Destarte, é com base no aludido princípio, que se autoriza a alteração unilateral do contrato, sem se olvidar da devida responsabilização do agente público que deu causa ao erro (GUIMARÃES, 2003).

Retome-se o posicionamento doutrinário de que, em se tratando de direito fundamental de particular em conflito com o interesse público, não deve prevalecer o princípio da supremacia do interesse público, em regra, alegado pelo gestor da *res publica* para fundamentar decisões de cunho discricionário, vez que defendido pela Lei Maior nacional o direito fundamental. Assim, comporta relativização o aludido princípio, a depender da situação fática.

Nesta seara, em sendo de extrema importância o contrato analisado em determinado caso, colocando-se em risco o atendimento de direitos fundamentais de seus destinatários, não se caracteriza como melhor alternativa a revogação do pacto, por mera irregularidade formal ou falha na descrição do objeto, sob o argumento de que se estaria obedecendo ao princípio da supremacia do interesse público, pois há direitos fundamentais a ser tutelados.

Aplicando-se essa ideia no sentido de autorizar a disposição contratual ser distinta do instrumento que convocou participantes à licitação, pode-se dizer que, na reconstrução do conceito do princípio da supremacia do interesse público, este autoriza a referida ação, pois,

A noção de interesse público não se contrapõe aos interesses individuais dos integrantes da sociedade. Bem ao contrário, somente se tem um verdadeiro interesse público, no exato sentido jurídico do termo, quando representa um verdadeiro somatório dos interesses dos indivíduos que nele encontram a projeção de suas próprias aspirações. O verdadeiro interesse público é indissociável dos interesses que o compõem. (BORGES, 2007, *on-line*)

Por este viés, é possível afirmar que o interesse público é formado pela junção de vários interesses particulares, consistentes em direitos fundamentais individuais de cada pessoa, os quais também devem ser defendidos e, após análise minuciosa da situação fática, prevalecem sobre o clássico princípio da supremacia do interesse público, ao passo que este também é atendido, na sua reconstrução.

Neste diapasão, visando atender aos princípios já expostos no presente trabalho, os quais se destinam a garantir a consecução dos direitos fundamentais individuais e, concomitantemente, a supremacia do interesse público, torna-se possível a formalização do contrato corrigindo uma falha do edital, carta convite, ou documentos que lhe façam as vezes (instrumentos convocatórios).

3.1 RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Em que pese todo o arcabouço legislativo, doutrinário e jurisprudencial sobre a reta aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, corroborando com a exposição do tópico anterior, alguns estudiosos defendem a sua relativização quando da celebração do contrato administrativo, com o intuito de obter benefícios à coletividade.

Consoante ensinamento de Meirelles (1999), sempre é possível discutir o contrato com o particular vencedor do certame, após a adjudicação, a fim de que a Administração obtenha mais vantagens que as constantes da proposta inicial, tais como: a redução de preços, diminuição de prazo da execução, desde que avençadas em comum acordo, mesmo que tais condições não estejam presentes no edital ou na proposta.

Carvalho Filho (2008) afirma existir consenso entre os doutrinadores sobre firmar contratos divergentes do instrumento convocatório, destacando a ressalva de que devem ser para beneficiar a Administração e que a modificação não pode recair sobre previsão que possibilitaria o ingresso de outros licitantes, se prevista desde o início do procedimento. O princípio da igualdade há de prevalecer e sua viabilidade tem que ser aferida a cada caso.

Na mesma esteira, manifesta-se Gasparini (1999), expondo que a Administração Pública pode se reunir com o vencedor do certame licitatório ou escolhido diretamente, para propor condições contratuais que não constam do instrumento convocatório, as quais podem ser previsão de garantia, forma de pagamento diversa, diminuição do valor a ser pago por

serviço ou produto, e a entrega de objeto de última geração, se a empresa tem essa disponibilidade e o instrumento convocatório previu produto desatualizado.

Desta reunião deve ser redigida ata em duas vias, sendo uma destinada a compor o processo de contratação e a outra ao candidato vencedor, ressaltando-se a desnecessidade de publicação do referido documento, pois a obrigatoriedade é a de publicar a convenção final (GASPARINI, 1999).

Ainda, defende o autor *supra* não haver ferimento ao princípio da isonomia, tendo em vista a inexistência de favorecimento ao contratado, mas sim, à contratante. Ademais, por esse procedimento estar-se-á atendendo ao princípio da boa administração e economicidade, por não necessitar de outra movimentação estatal como a licitação, para conseguir pequenas alterações que tragam melhorias à Administração Pública (GASPARINI, 1999).

Até então, mencionou a doutrina alterações contratuais bilaterais, ou seja, de comum acordo entre a Administração Pública e o licitante vencedor do certame. Ademais, há que se falar, também, na alteração do contrato unilateral, as quais se referem aos aspectos quantitativo e qualitativo do pacto.

Ressalta-se que a legislação faz menção aos limites do aspecto quantitativo, restando aos Tribunais Judiciários e de Contas, bem como aos doutrinadores, indicarem alternativas concernentes à aplicação das modificações de qualidade.

3.1.1 Alteração unilateral qualitativa do contrato e seus limites

Ventilada no capítulo anterior, a alteração qualitativa é autorizada nos contratos administrativos pelo art. 58, I da Lei nº 8.666/93, quando da menção à possibilidade de o Poder Público alterar, unilateralmente, a convenção. Sua especificação é trazida pelo art. 65, I, “a” do mesmo Diploma Legal.

A alteração unilateral qualitativa consiste na modificação do contrato firmado entre a Administração Pública e o particular, por iniciativa daquela, para adequar a convenção à realidade fática, de acordo com o interesse público. Difere-se da modificação quantitativa por não se referir à quantidade do objeto contratado, mas à forma de execução, ou seja, à alguma alteração técnica.

Nesta esteira, preceitua Guimarães (2003, *on-line*):

O poder de modificação dos contratos administrativos diz respeito à competência deferida à Administração Pública para que essa, no âmbito da relação jurídica-contratual administrativa, exerça a tutela do objeto do contrato, cuidando de adequar a prestação decorrente às necessidades públicas envolvidas. Desde que o interesse público imponha novas condições de prestação, deverá a Administração alterar os termos do contrato com vistas a estabelecer a adequação relativa.

Apoia Sundfeld (1992, p.152), ao dizer que, “Trata-se de instrumentá-lo com os poderes indispensáveis à persecução do interesse público. **Caso a administração ficasse totalmente vinculada pelo que avençou, com o correlato direito de o particular exigir a integral observância do pacto, eventuais alterações do interesse público - decorrentes de fatos supervenientes ao contrato - não teriam como ser atendidas**”. [grifo nosso]

Não se discute a aplicação da alteração de caráter qualitativo aos acordos públicos. Porém, um de seus aspectos gerou discussão doutrinária e posicionamentos divergentes nos Tribunais, a saber: seus limites. Isto porque, a Lei de Licitações e Contratos impõe limitação às modificações contratuais unilaterais referentes à quantidade, mas não disciplinou o mesmo para as qualitativas.

Assim, nos contratos que tenham como objetos obras, serviços ou compras, o contratado não pode se recusar a aceitar acréscimos ou supressões de até 25% do valor inicial da avença, bem como de até 50%, para acréscimos, nos casos de reforma de edifício ou equipamento¹².

De acordo com Szklarowsky (2000, p. 200):

Atente-se, porém, que, sem embargo de a lei não fixar uma limitação incisiva [...], o contratante deverá balizar essa alteração, dentro dos limites razoáveis e imprescindíveis, de modo a atender o interesse público. Deve haver demonstração cabal de que a modificação é necessária, sem o que prejudicados estariam o projeto ou as especificações porque em conflito com os objetivos pretendidos. A motivação é essencial.

Contrariamente ao posicionamento que afirma haver limitação para o modo de alteração contratual em tela, o autor endente que o hermeneuta jurídico não pode colocar restrições onde a lei não as insere (SZKLAUROWSKY, 2000).

Em 1999, o Tribunal de Contas da União se manifestou, por meio do Acórdão nº 215, em relação à consulta solicitada pelo ex-ministro do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, acerca de alteração contratual qualitativa acima dos percentuais constantes da Lei nº 8.666/93.

¹² Art. 65, § 1º da Lei nº 8.666/93.

Para tanto, o ex-ministro apresentou a existência de uma obra pública, para construção de uma barragem, em adiantado estágio, a qual necessitou de acréscimos por situação verificada quando da escavação.

No relatório do Subprocurador-Geral do Ministério Público, este aduziu que a autoridade consulente:

argumenta que a substituição do maciço de terra, originalmente previsto no projeto básico e no contrato, por maciço em concreto compactado a rolo - CCR, traria benefícios econômicos e sociais à comunidade alcançada pela obra (quase três milhões de pessoas), como: a redução do prazo total de conclusão da barragem; a possibilidade de estocar água à medida em que o maciço CCR vai sendo elevado, antecipando a acumulação de água na região em dois ou três anos; a segurança no abastecimento de água para projetos industriais, turísticos e de irrigação, em vias de implantação na região (fls. 1/2). Acrescenta, ainda, que a tecnologia CCR quase não era utilizada na construção de barragens no Brasil, à época da elaboração do projeto básico; que a utilização dessa tecnologia não comprometerá a segurança da obra nem alterará as suas características, pois que será mantido o volume original de acumulação de água e serão preservados todos os seus múltiplos usos, como a produção de pescado, o controle de enchentes e o fornecimento de água para consumo humano e industrial, bem como para irrigação. (BRASIL, 1999, *on-line*)

A tese adotada pelo membro do *Parquet* foi a de que, às alterações qualitativas unilaterais, aplicam-se as mesmas limitações legais expressas para as modificações quantitativas. Pois, poucos contratariam com a Administração Pública se referidos limites não fossem claros, haja vista que o licitante deve os levar em consideração na formulação de sua proposta (BRASIL, 1999, *on-line*).

No mesmo sentido, leciona Sundfeld (1992) que, se ao Poder Público fosse possibilitado impor modificação contratual unilateral de caráter qualitativo sem parâmetros, o contratado poderia não ter condições de dar sequência à execução do objeto, principalmente, por não possuir capacidade operacional para tanto, ainda que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Entretanto, o Ministério Público entendeu que pode haver alteração da convenção quanto à qualidade, ultrapassando os limites previstos no art. 65, § 1º, da Lei nº 8.666/93, desde que seja realizada com o consentimento do contratado. Assim, proferiu parecer nos seguintes termos:

Além de bilaterais e qualitativas, sustentamos que tais alterações sejam excepcionálíssimas, no sentido de que sejam realizadas quando a outra alternativa - a rescisão do contrato, seguida de nova licitação e contratação - significar sacrifício insuportável do interesse coletivo primário a ser atendido pela obra ou serviço. Caso contrário, poder-se-ia estar abrindo precedente para, de modo astucioso, contornar-se a exigência constitucional do procedimento licitatório e a obediência ao princípio da isonomia.

[...]

Sabe-se que a rescisão contratual, por interesse público, com vistas a nova licitação e contratação, a que já se fez referência, traz uma série de consequências: a indenização de prejuízos causados ao ex-contratado, como, por exemplo, os custos com a dispensa dos empregados específicos para aquela obra; o pagamento ao ex-contratado do custo da desmobilização; os pagamentos devidos pela execução do contrato anterior até a data da rescisão; a diluição da responsabilidade pela execução da obra; e a paralisação da obra por tempo relativamente longo - até a conclusão do novo processo de contratação e a mobilização do novo contratado -, atrasando o atendimento da coletividade beneficiada.

Somente quando tais consequências forem gravíssimas ao interesse coletivo primário é que se justificaria a revisão contratual, qualitativa e consensual, que importe em superação dos limites econômico-financeiros previstos nos §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93. (BRASIL, 1999, *on-line*)

Isto posto, observa-se que a orientação ministerial procurou se basear em princípios do Direito Administrativo, sobretudo na razoabilidade, proporcionalidade e supremacia do interesse público, conciliando-os com o respeito ao particular contratado. Desta feita, ressaltou a relevância de não se fazer outro procedimento licitatório, sendo melhor a procedência da alteração convencional, para adequação do objeto, contanto que se realizasse um acordo bilateral.

A decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União acolheu o entendimento do Subprocurador-Geral do Ministério Público. Ademais, o acórdão instituiu seis pressupostos, para autorização da modificação contratual qualitativa:

- I - não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório;
- II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado;
- III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial;
- IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos;
- V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes;
- VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea "a", supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência. (BRASIL, 1999, *on-line*)

Após essa decisão, a qual se edificou em diversas colações doutrinárias acerca do tema e em apresentações de princípios do Direito Administrativo, o Tribunal de Contas da União proferiu outras decisões com o mesmo entendimento, inclusive, fazendo alusão ao Acórdão nº 215/1999, ora estudado.

Colabora com a colocação do parecer ministerial, no qual se fundamentou o acórdão 215/1999, as exposições de Furtado (2013, p. 421), nos termos a seguir:

Entendemos, assim, que é correta a tese de que as alterações unilaterais qualitativas estão sujeitas aos mesmos limites escolhidos pelo legislador para as alterações quantitativas [...].

Fundamentamo-nos na necessidade de previsão de limites objetivos e claros em Lei, no princípio da proporcionalidade e no respeito aos direitos do contratado, prescrito no art. 58, I, da Lei nº 8.666/93.

A supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, que excedam os limites previstos no art. 65, § 1º, é também causa de rescisão do contrato, por inexecução pela Administração, conforme prevê o art. 78, XIII, da Lei nº 8.666. O que reforça a nossa tese de observância a esses limites nas alterações unilaterais, sejam quantitativas ou qualitativas.

O autor alicerçou seu posicionamento no art. 78, XIII da Lei Geral de Licitações e Contratos, o qual estabelece como motivo para rescisão do contrato “a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1º do art. 65” (BRASIL, 1993, *on-line*) da mesma lei. Assim, se a supressão dos objetos contratados superar os limites legais é causa para o desfazimento da avença, entende-se obedecerem os acréscimos a mesma lógica.

Outrossim, cabe menção à decisão nº 448, produzida pela mesma Corte, em 2011, cujo teor se afastou daquela proferida no final da década de 90. Tratou-se de representação realizada pela 4ª Secretaria de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, em face da Empresa Brasileira de Hemoderivados e Biotecnologia – Hemobrás.

A empresa pública foi representada por suspeita de irregularidade no Termo Aditivo 01/2010, do Contrato nº 22/2007, firmado com o Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies – (LFB), cujo objeto era a transferência de tecnologia alusiva ao processo de produção de hemoderivados¹³. Ensejou o termo aditivo, acréscimo de cerca de 2.700% ao valor inicial do contrato, “o qual passou a prever que o LFB encarregar-se-ia não só da transferência de tecnologia referente ao processo de produção de hemoderivados, mas também da própria execução dos serviços de fracionamento de plasma captado no Brasil” (BRASIL, 2011, *on-line*).

Após analisar a matéria, o relator da demanda ressaltou que o termo aditivo não atendia aos pressupostos da decisão 215/1999 e que, a princípio, afrontava ao art. 65, § 1º da Lei de Licitações e Contratos (os percentuais limites para acréscimos e supressões). Porém,

¹³ “São medicamentos derivados do sangue, mais especificamente do plasma contido no sangue, e servem para o tratamento de doenças graves [...]” (BRASIL, [s. d.], *on-line*).

utilizou-se de dois argumentos sobre os quais sustentou parecer favorável à manutenção do aditamento.

O primeiro deles se referiu ao provável resultado de nova licitação e consequente contrato, caso fosse revogado o já existente. Destarte, alertou que o laboratório contratado seria o vencedor licitante novamente, vez que foi o único participante no primeiro certame.

Pontuou, ainda, que o objeto do termo aditivo (execução dos serviços de fracionamento de plasma captado no Brasil) não poderia ser interrompido, pois foi necessário em razão da anulação de duas licitações para a construção de uma fábrica nacional, a fim de realizar tais serviços. Ademais, a espera pela referida obra deixaria de atender às pessoas com doenças, cujo tratamento dependesse dos medicamentos produzidos pela contratada; além de os funcionários da contratante aprenderem as técnicas de desenvolvimento dos mencionados serviços, otimizando o tempo ao utilizar a metodologia e estrutura do laboratório francês.

Cumpru destacar que o plenário do Tribunal de Contas da União acolheu a manifestação do relator. Portanto, manifestou-se pela excepcionalidade da decisão, entendendo não ser o caso de realização de outro certame licitatório, em razão das peculiaridades do caso apresentado. (BRASIL, 2011, *on-line*)

O contrato nº 22/2007, cujo termo aditivo foi objeto de análise pela Corte de Contas da União, foi firmado por meio de dispensa de licitação, com fundamento no art. 24, VII, da Lei nº 8.666/93¹⁴. Assim dispõe o extrato da dispensa, publicada na p. 80, seção 3, do Diário Oficial da União, em 02/10/2007:

EXTRATO DE DISPENSA DE LICITAÇÃO No - 24/2007 a) Processo: 25800.001429/2007-12; b) Espécie: Termo de Contrato n.º 22/2007 celebrado em 01.10.2007, entre a Hemobrás e o Laboratoire Français du Fractionnement et des Biotechnologies - LFB S.A., CNPJ: 07.102.300/0001-20; c) **Objeto: Transferência à Hemobrás de tecnologia destinada à produção dos hemoderivados Fator VIII, Fator IX, Albumina e Imunoglobulina Poliespecífica Intravenosa a partir do fracionamento industrial de plasma**; d) Fundamento Legal: Art. 24, inciso VII, da Lei n.º 8.666/93; e) Vigência: 4 (quatro) anos, contados da data da assinatura, prorrogável por meio de instrumento aditivo, mais o prazo dos royalties [...]. (BRASIL, 2007, p.80) [grifo nosso]

Verifica-se que o objeto inicial do contrato consistiu na transferência de tecnologia à empresa brasileira. Posteriormente, por meio de termo aditivo, estabeleceu-se que o contratado iria executar os serviços de fracionamento de plasma captado no Brasil.

¹⁴ Art. 24. É dispensável a licitação:

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

Pode-se concluir pela transfiguração do objeto, a qual se deu em razão da aditivção do pacto administrativo, o qual foi mantido, inclusive, com parecer favorável do órgão de fiscalização e controle externo, o Tribunal de Contas da União, afastando-se a decisão mais recente do item IV do acórdão 215/1999, que vedou a descaracterização do objeto contratado inicialmente.

A avaliação das duas decisões apresentadas demonstra a possibilidade de contratação em condição distinta do instrumento convocatório, conquanto autorizada com elevada meticulosidade nas alterações contratuais qualitativas.

3.2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A doutrina e as decisões de tribunais judiciais e cortes de contas têm a função de interpretar a legislação, apontando a maneira de utilizá-la para resolver as situações concretas.

Portanto, pode-se inferir das exposições realizadas que, visando atender aos princípios que fundamentam o Direito Administrativo, buscando integrá-los, argumenta-se pela possibilidade de flexibilização do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, indicando parâmetros para tanto.

A respeito das alterações contratuais unilaterais qualitativas, há entendimentos de que, se a lei não regula seus limites, não pode o intérprete estabelecê-las. Em contrapartida, defende-se o atendimento de alguns critérios e a imposição de contornos às mencionadas modificações, ancorando-se em princípios como o da proporcionalidade, razoabilidade e no respeito aos direitos do contratado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se o estudo de princípios intrínsecos ao Direito Administrativo, especificamente, à licitação, bem como o percurso do procedimento licitatório e da formalização dos contratos, e estudos doutrinários e jurisprudencial sobre a alteração contratual no que tange ao instrumento convocatório, conclui-se:

1 – A reconstrução do princípio da supremacia do interesse público, que o eleva ao patamar da junção dos direitos fundamentais dos indivíduos, permite o afastamento do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, para corrigir, por meio do contrato, possível falha do edital, carta-convite, ou outro documento da mesma natureza, a fim de garantir o atendimento de necessidades imprescindíveis ao ser humano.

2 – Pode-se afirmar, com base no art. 54, § 2º da Lei nº 8.666/93, que o documento contendo os motivos que ensejaram a inexecução de certame licitatório, assim como a proposta do pretenso contratado diretamente servirão de vínculo ao pacto administrativo nas hipóteses de licitação dispensada, dispensa e inexigibilidade.

3 – Conforme pontuam doutrinadores administrativistas, fundamentando-se nos princípios da eficiência, da boa administração, da proporcionalidade e razoabilidade, pode a Administração Pública negociar disposições convencionais com o contratado, objetivando obter vantagens ao interesse público, concernente ao objeto a ser desempenhado, desde que não haja inobservância aos princípios da isonomia, impessoalidade e moralidade;

4 – No que se refere às divergências de análises quanto aos limites para a aplicação das alterações contratuais unilaterais qualitativas ante a sua omissão legal, denota-se larga inclinação doutrinária e jurisprudencial para que se empreguem, unilateralmente, os mesmos percentuais previstos para as alterações quantitativas.

5 – Todavia, observou-se, ainda sobre a modificação de caráter qualitativo, o entendimento pela desconsideração desses limites, uma vez atendido o critério da bilateralidade, ou seja, consenso entre a Administração Pública e o contratado, sob o

argumento de proporcionar segurança aos licitantes ou contratados diretos, para que estes não desistam de realizar pactos com o Poder Público por pensarem que, a qualquer momento, poderá lhes ser imposto encargo maior que o avençado inicialmente, tendo que se obrigar a cumprir, talvez sem condições operacionais, ainda que mantido o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

6 – Frente a situação que tenha como alternativa a contratação divergente dos termos do instrumento convocatório e, por outro lado, a opção de rescindir o contrato já firmado ou revogar a licitação, pode se valer o gestor público da primeira possibilidade, tendo em vista a análise dos princípios do Direito Administrativo. Isso porque, a realização de novo certame licitatório pode ir de encontro aos princípios da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, indisponibilidade do interesse público, supremacia do interesse público, a depender da situação fática.

7 – Coaduna-se à presente afirmação a decisão constante do acórdão 448/2011, do Tribunal de Contas da União, a qual, inclusive, refutou posicionamento firmado e seguido vastamente pela mesma corte desde de 1999.

Diante do exposto, conclui-se pela possibilidade de avença administrativa diversa do instrumento convocatório, desde que edificada nos princípios que norteiam o Direito Administrativo, aplicados de maneira a adequar as normas legais às necessidades da realidade fática.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. Curitiba: Juruá, 1998.

BORGES, Alice Gonzalez. **Supremacia do interesse público**: desconstrução ou reconstrução? Revista Diálogo Jurídico, Salvador, nº 15, 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/Supremacia%20do%20Interesse%20P%C3%BAblico%20-%20Alice%20Gonzalez%20Borges.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 mar. 2015.

_____. **Decreto nº 1.171, de 22 de junho de 1994**. Aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1171.htm> Acesso em: 11 de abr. 2015.

_____. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em: 05 mai. 2015.

_____. Empresa brasileira de hemoderivados e biotecnologia. Extrato de dispensa de licitação nº 24/2007. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 out. 2007. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/803577/pg-80-secao-3-diario-oficial-da-uniao-dou-de-02-10-2007/pdfView>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 12 abr. 2015.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria do Tesouro Nacional. **Conheça o tesouro direto**. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/tesouro-direto-conheca-o-tesouro-direto>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de segurança: MS 5418 DF 1997/0066093-1**. Relator: min. Emócrito Reinaldo. Julgamento em 23/03/1998. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19857021/mandado-de-seguranca-ms-5418-df-1997-0066093-1>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Revista Licitações & Contratos**. 3. ed. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/220Licita%C3%A7%C3%B5es-Conceitos%20e%20Princ%C3%ADpios.pdf>. Acesso em: 02 abr. de 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Decisão 419/96**. Processo nº TC 700.449/95-7. Relator: min. Humberto Guimarães Souto. Data da sessão: 06/08/1996. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%255CAcord%255C20060419%255CTC-019-755-2005-2.doc+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 06 mai. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **DC-0215-18/99-P**. Processo nº 930.039/1998-0. Decisão 215/1999 – Plenário. Relator: min. Adylson Motta. Julgamento: 12/05/1999. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CSIDOC%5CgeradoSIDOC_DC02151899P.pdf>. Acesso em: 05 jun. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n.º 448/2011**-Plenário, TC-011.298/2010-3. Relator: min. Aroldo Cedraz. Julgamento: 23/02/2011. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/.../INFO_TCU_LC_2011_52.doc>. Acesso em: 06 jun. 2015.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações & Contratos**. 3. ed. Acórdão 868/2006. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/licitacoes_contratos/2%20Licita%C3%A7%C3%B5es-Conceitos%20e%20Princ%C3%ADpios.pdf>. Acesso em: 02 abr. de 2015. Acesso em: 11 abr. de 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação Cível: AC 39701 MG 2001.01.00.039701-3**. Relator: desemb. Fagundes de Deus. Julgamento em 04/10/2006. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2220214/apelacao-civel-ac-39701-mg-20010100039701-3>>. Acesso em: 07 mai. 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo de Instrumento: AG 71572620104040000** SC 0007157-26.2010.404.0000. Relator: desemb. Fernando Quadros da Silva. Julgamento em: 13/07/2010. Disponível em: <<http://trf->

4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18058106/agravo-de-instrumento-ag-0-sc-0007157-2620104040000-trf4>. Acesso em: 11 abr. 2015.

CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa; DANIEL, Felipe Alexandre Santa Anna Mucci. A fase interna da licitação: distinções entre Projeto Básico e Termo de Referência. **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 12, n. 141, p. 54-59, set. 2013. Disponível em: <<http://www.tatianacamara.com.br/wp-content/uploads/2014/02/projeto-basico-e-termo-referencia.pdf>>. Acesso em: 05 mai. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASALE, Tatiana Maria Ometto; SERRADOR, Maria Eliza Visenta Olmos. **Da realização de permuta de bens móveis pela Administração Pública Estadual**. Assembleia legislativa do Estado de São Paulo, 2002. Disponível em: <http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/356_arquivo.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2015.

CEARÁ. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. **Processo nº 9.773/00**. Informação 118/00, 2000. Disponível em: <http://www.tcm.ce.gov.br/site/_arquivos/consultas/consultas_tecnicas/ipu%20118%2000.pdf>. Acesso em: 13. mai. 2015.

CITADINI, Roque. **Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DINIZ, Bráulio Gomes Mendes. A (des)necessidade de licitação para doações com encargo. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-desnecessidade-de-licitacao-para-doacoes-com-encargo,46296.html>>. Acesso em: 15 mai. 2015

DOMINGUES, Wilson Francisco. **A permuta de bem móvel pelos municípios e a obrigação de licitar**. [s. d.]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=71e10dcaca7de439>>. Acesso em: 12 de mai. 2015.

EMPRESA BRASILEIRA DE HEMODERIVADOS E BIOTECNOLOGIA. **Produtos hemoderivados**. Disponível em: <<http://www.hemobras.gov.br/site/conteudo/ph.asp>>. Acesso em 07 jun. 2015.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Contratação direta de artistas. **Revista O Pregoeiro** - palavra de especialista, 2010. Disponível em: <<http://www.jacoby.pro.br/novo/CDA.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitação e contratos administrativos**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Diógenes. Validade das contratações em condições diversas do edital e da proposta. Teresina: **Jus Navigandi**, 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/437/validade-das-contratacoes-em-condicoes-diversas-do-edital-e-da-proposta>> Acesso em: 30 mai. 2015.

GODOY, Denyse. O que são títulos públicos. **Revista Seu Dinheiro**, 2010. Disponível em: <<http://seudinheiro.ig.com.br/index.php/tag/ltn/>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

GONÇALVES JÚNIOR, Wilson. TCE julga irregular doações de áreas. **Jornal Cruzeiro do Sul [on-line]**, São Paulo, 19 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.cruzeirodosul.inf.br/materia/488127/tce-julga-irregular-doacao-de-areas>>. Acesso em: 07 mai. 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Alteração unilateral do contrato administrativo** (interpretação de dispositivos da Lei nº 8.666/1993). São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

_____. Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

LIBRAÇÃO, Elisângela da. Inexigibilidade de licitação. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13820>. Acesso em 13 mai. 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 8. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MARTINS, Patrícia Cristina Lessa Franco. Licitação e expectativa de direito à contratação. **Revista Conteúdo Jurídico**, Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,licitacao-concluida-e-expectativa-de-direito-a-contratacao,46424.html>>. Acesso em: 06 mai. 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. **Consulta 700280**. Sessão do dia 26/10/2005. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/alei8666eotcemg/PDF/PERGUNTAS%20FREQUENTES%20Aspectos%20controvertidos%20das%20hip%C2%B0teses%20de%20dispensa%20e%20inexigibilidade%20OK.pdf>>. Acesso em: 13 mai. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Agravo de Instrumento Cv: AI 10024121295299001 MG**. Julgamento: 21/05/2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115601622/agravo-de-instrumento-cv-ai-10024121295299001-mg>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

MONTEIRO, Leandro. Vertente material do princípio da publicidade administrativa. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9680&revista_caderno=4>. Acesso em 03 abr. 2015.

MUKAI, Toshio. **Curso avançado de licitações e contratos públicos**. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Princípio da isonomia na licitação pública**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2000.

SILVA. Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, 2002. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/69_SILVA,%20Virgilio%20Afonso%20da%20-%20O%20proporcional%20e%20o%20razoavel.pdf>. Acesso em: 04 mai. 2015.

SOARES, Evanna. A audiência pública no processo administrativo. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3145>>. Acesso em: 02 abr. de 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratos administrativos. Acréscimos de obras e serviços. Alteração. **Revista Trimestral de Direito Público** n.º 2, São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SZKLAUROWSKY, Leon Frejda. As alterações dos contratos administrativos na Lei nº 8.666/93. *In*: MUKAY, Toshio (Org). **Curso avançado de licitações e contratos públicos**. 1. ed. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. O princípio da supremacia do interesse público: uma visão crítica da sua devida conformação e aplicação. **Revista Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 86, mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9092&revista_caderno=4>. Acesso em 02 abr. 2015.

VIEIRA, Evelise Pedroso Teixeira Prado. **Lei de licitações e contratos da administração pública comentada**. São Paulo: Verbatim, 2010.

OBRAS CONSULTADAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS E TÉCNICAS. **NBR 14724**: informação e documentação – trabalhos acadêmicos – apresentação. Rio de Janeiro: ABNT, 2002.

FREITAS, Ernani Cesar de; PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico**: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Nova Hamburgo: Freevale, 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.